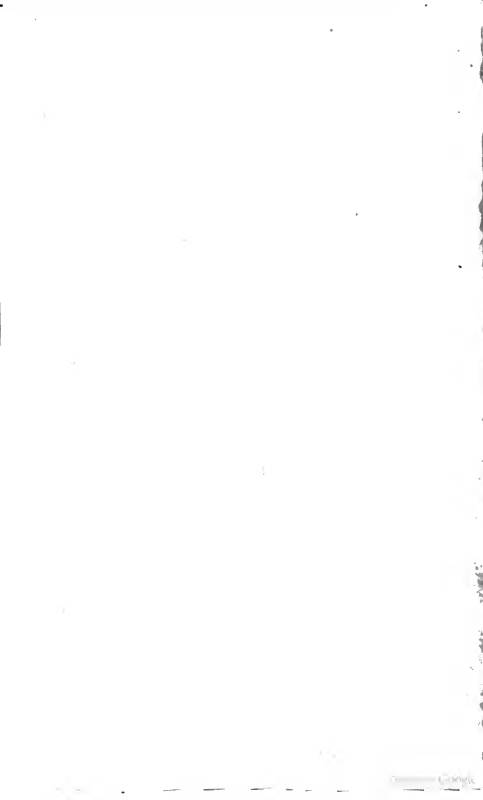










10-336/
12





Ex. 1821

1
3-9
23

COURS
DE DROIT ROMAIN

APPROFONDI

PAR J. P. MOLITOR



151.73

DE L'IMPRIMERIE DE CRAPELET

RUE DE VAUGERARD, 9

LES
OBLIGATIONS

EN DROIT ROMAIN

AVEC

L'INDICATION DES RAPPORTS
ENTRE LA LÉGISLATION ROMAINE ET LE DROIT FRANÇAIS

COURS PROFESSÉ A L'UNIVERSITÉ DE GAND

PAR

J. P. MOLITOR

ET PUBLIÉ SUR LES MANUSCRITS DE L'AUTEUR, APRÈS SA MORT

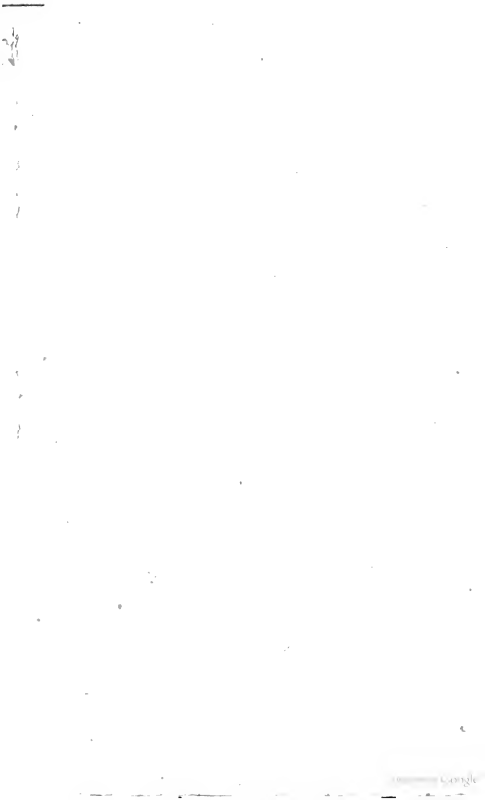


PARIS

AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE

RUE DES GRÈS, N° 5

1854



Pendant quinze ans, l'auteur de cet ouvrage a enseigné le droit romain, à l'Université de Bruxelles d'abord, puis à celle de Gand, et n'a cessé de perfectionner son enseignement par des études de chaque jour. Aussi se croyait-il dans ces dernières années parvenu à une connaissance assez complète de cette législation pour rendre service aux études en publiant son cours; et il n'attendait plus, pour le faire, que quelques mois de loisir, qui lui permis- sent de mettre la dernière main à la partie qu'il destinait la première au public. Alfranchi dans ce travail de révision des exigences du programme imposé à son cours, il

eût, d'après le désir qu'il en exprimait lui-même, abandonné l'ordre de matières suivi dans le manuel qui est adopté en Belgique pour l'explication des Pandectes, et se fût en même temps attaché à exposer avec plus de développement les rapports entre le droit romain et la législation moderne (1). Mais il ne lui a pas été donné d'accomplir ce travail.

Au milieu des vifs regrets que la mort du plus aimé des professeurs inspira à tous ceux qui avaient été ses élèves, il parut à quelques-uns d'entre eux qu'ils ne pouvaient

(1) Nous lisons au programme arrêté de commun accord entre les professeurs des quatre Universités de Belgique, le 4 avril 1845 :

« L'examen des Pandectes ne porte que sur les matières dans lesquelles le droit romain forme l'élément du droit civil moderne, savoir les obligations (partie générale et spéciale), les legs, les actions revendicatoires, la possession, les servitudes personnelles et réelles, l'emphytéose, la superficie.

« L'examen des Pandectes s'étend sur toutes et chacune des propositions du Compendium de Mühlenthal, qui font partie des matières de l'examen, et dans lesquelles le droit romain est d'une utilité pratique. »

(Signé) E. DUPONT. MOLITOR. ARNTZ. L. B. DE BRUYN.

Le 1^{er} mai 1849 fut adoptée la disposition nouvelle qui suit :

« Afin de faire ressortir l'utilité pratique de l'étude des Pandectes, l'examineur pourra, dans le cours de l'interrogatoire, demander accessoirement les rapports essentiels du droit romain avec le droit moderne, sur les principaux points de la matière de l'examen, pourvu que dans tous les cas il soit possible de satisfaire à ces questions par la simple connaissance des textes du Code civil. »

(Signé) E. DUPONT. MOLITOR. MAYNZ. L. B. DE BRUYN.

mieux faire pour la mémoire de leur maître que de conserver à la science ses leçons si consciencieusement élaborées, et ils entreprirent en commun ce travail dont le présent volume est le premier fruit.

Gand, 1^{er} décembre 1850.



LES OBLIGATIONS

EN DROIT ROMAIN.

CHAPITRE PREMIER.

NOTIONS GÉNÉRALES ET DIVISION DES OBLIGATIONS.

Sommaire.

1. Définition et objet de l'obligation : *dare, facere, praestare*.
2. Signification du mot *dare*. — En droit romain, la transmission de la propriété ou la concession du *jus in re* n'est pas l'effet immédiat du contrat.
3. Différence avec le droit français : les meubles comme les immeubles s'y transmettent par le seul effet de la convention. — De l'obligation de donner.
4. Qu'entend-on par *facere* ?
5. Par *praestare* ?
6. De la division des obligations, quant à la cause d'où elles procèdent, en obligations *ex contractu, ex delicto, quasi ex contractu, quasi ex delicto*.
7. Examen de la définition vulgairement donnée du quasi-contrat; recherche des caractères communs aux obligations qui en naissent.
8. Analyse et caractères communs des obligations qui naissent de quasi-délits.
9. Du quasi-délit en droit français.
10. De la division des obligations en médiate et en immédiates.
11. L'obligation suppose un fait particulier, liant deux personnes déterminées.
12. De la divisibilité, de l'indivisibilité des obligations, et de la solidarité. — La solidarité ne se présume pas. — En quoi elle diffère de l'indivisibilité.
13. Obligations principales et accessoires.
14. Obligations civiles et naturelles.

15. Obligations civiles efficaces et inofficaces. — Ne pas confondre avec l'obligation civile inefficace, l'obligation réprouvée par le droit civil seulement.
16. Obligations civiles simples ou unilatérales, et bilatérales. — On distingue les obligations parfaitement et imparfaitement bilatérales.
17. Intérêt pratique de cette dernière distinction en droit moderne.
18. Obligations *stricti juris* et *bonae fidei*. — Leur origine.
19. En quoi elles diffèrent entr'elles dans leur forme, leur objet et leurs effets.

1. L'obligation est un lien du droit civil, qui astreint une personne à faire, au profit d'une autre, une prestation déterminée.

Le but de toute obligation est le paiement, le *solvere*. C'est pourquoy les Institutes portent : *Vinculum juris quo NECESSITATE adstringimur alicujus SOLVENDAE REI secundum nostrae civitatis jura* (1). Le but est donc le fait d'une personne, un *facere*, et c'est dans ce sens général que le mot *facere* est employé à la loi 218, D. L, 16, et à la loi 175 eod. : *Verbum facere omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi*. Mais comme l'objet des obligations considérées individuellement varie à l'infini, on a distingué des différences quant au paiement. Le droit romain a ramené ces différences à trois catégories : à un *dare*, à un *facere*, à un *praestare*. Ainsi nous voyons la L. 2, D. XLV, 1, distinguer des stipulations qui consistent *in dando*, et d'autres consistant *in faciundo*; et quand il s'agit des obligations en général, la L. 3, D. XLIV, 7, énumère le *dare*, le *facere* et le *praestare* comme autant de modes spéciaux de paiement.

C'est en empruntant sa définition à cette dernière loi, que Mühlenbruch définit l'obligation : *Vinculum juris inter debitorem et creditorem, quo vel ad dandum, vel ad faciendum, vel ad praestandum alter alteri obstringitur*. La division indiquée dans cette définition n'est plus aujourd'hui, et ne fut plus dans la législation de Justinien d'une grande importance pratique. En effet, elle se rattachait originairement à la théorie des *condictiones*, des actions

(1) Pr. Inst. III, 13.

stricti juris et bonae fidei, et au système des *legis actiones* et de la procédure formulaire. Toutefois à la L. 2, D. XLV, 1, et à d'autres textes relatifs à l'indivisibilité des obligations, elle sert encore de point de départ à la théorie du droit romain; c'est pourquoi nous nous attacherons à en déterminer le sens.

2. *Dare* signifie transférer la propriété d'une chose, dit Mühlenthal (1). Cependant les L. 2, §§ 1 et 3, D. XLV, 1, et L. 19, D. VIII, 3, prouvent que cette notion du *dare* est trop étroite, et qu'il faut y comprendre encore la concession d'un *jus in re*. De sorte que l'obligation qui consiste *in dando* est celle qui a pour objet, et dont le paiement doit effectuer, le transport de la propriété ou la concession d'un *jus in re*. Car rappelons ici qu'en droit romain, l'obligation et la propriété (quand il s'agit d'actes entre vifs) ne procèdent pas de la même cause. L'obligation naît du contrat, de la convention; mais la propriété ne se transmet que par la tradition qui a lieu en exécution d'une obligation, ou en vertu d'une autre juste cause : *Traditionibus et usucapionibus, dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*, dit la loi 20, C. II, 25. L'obligation, qu'elle émane d'un contrat ou d'un délit, et alors même qu'elle aurait pour objet un *dare*, n'établit qu'un lien personnel, c'est-à-dire un lien entre deux personnes par rapport à une chose déterminée (*jus ad rem*), mais non un lien direct de la personne à une chose (*jus in re*).

Et ce que nous disons de la propriété s'applique aussi à ceux des *jura in re*, qui sont un *démembrement* de la propriété, c'est-à-dire aux servitudes. A cet égard le jurisconsulte Paul caractérise en termes généraux la nature et l'efficacité de l'obligation, quand il dit à la L. 3, D. XLIV, 7 : *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*.

Ainsi, dans la législation romaine, l'obligation ne nous donne qu'un droit médiateur sur la chose, un droit qui ne se réalise qu'au moyen du fait d'une personne engagée : ce fait, c'est la tradition ou la quasi-tradition.

(1) L. 75, § 10, D. XLV, 1. — L. 167, D. I, 17.

Toutefois, parmi les *jura in re*, l'hypothèque semble faire exception à cette règle, car quoique droit réel, elle s'établit même par simple pacte, d'après la L. 1, D. XIII, 7. Mais l'exception n'est qu'apparente, l'hypothèque n'étant pas, comme la servitude, un démembrement de la propriété. Elle ne fait acquérir la chose au créancier ni pour le tout ni pour une partie, quelle qu'elle soit, divisible ou indivisible, mais elle laisse subsister la propriété intacte. Rien n'empêche le maître de la chose hypothéquée de la grever de servitudes, de la vendre; et de même que l'obligation ne donne pas au créancier un droit sur la personne du débiteur, mais impose seulement à celui-ci un fait, une prestation déterminée, de même l'hypothèque laisse intacts tous les droits de propriété sur la chose, mais astreint en quelque sorte la chose à fournir au créancier son paiement, au moyen de la vente. Cette analogie qui existe au fond entre l'hypothèque et l'obligation, se manifeste même par les termes usités dans les textes. L'hypothèque y est généralement qualifiée d'*obligatio rei*, ou désignée par les mots *res obligatur*, *res in obligatione deducitur*, et l'extinction du droit d'hypothèque par ceux : *pignus* ou *res liberatur*, *luitur*, *solvitur*. Le principe énoncé subsiste donc en entier (1).

3. Dans le droit français, l'obligation et le *jus in re* qui, au point de vue des lois romaines, si l'on excepte l'hypothèque, sont choses bien distinctes, se confondent en général lorsque l'obligation procède d'un contrat. En effet, dans les obligations qui ont pour objet le transport de la propriété ou d'un des éléments de la propriété, la convention à elle seule l'opère immédiatement (2). Elle fait par conséquent naître deux actions : l'une personnelle, contre le promettant, l'autre réelle, contre le tiers possesseur. Cependant, quand il s'agit de meubles, la possession vaut titre pour le possesseur de bonne foi; et si en cas de vente d'un immeuble, faite successive-

(1) L. 8, § 13, D. II, 13. — L. 25, § 14, D. X, 2. — L. 24, § 3, D. XIII, 7. — L. 1, § 4, D. XXVII, 9. — L. 30, D. XLIV, 7. — BUCHSEL, *Über die Natur des Pfandrechtes*, p. 34 (Marbourg, 1833).

(2) Art. 711, Code civil : « La propriété des biens s'acquiert... par l'effet des conventions. » — Art. 1138 : « L'obligation... rend le créancier propriétaire... »

ment à deux personnes différentes, celle-là est préférée qui a la priorité du titre, alors qu'il s'agit de meubles au contraire celle-là l'emporte qui de bonne foi se trouve en possession de la chose, son titre fût-il postérieur (1). Est-ce à dire qu'en matière de meubles il soit dérogé au principe que la propriété se transmet par le seul effet des conventions? Toullier, Delvincourt et Zachariae l'enseignent, mais Demante et Marcadé critiquent avec raison la doctrine de ces auteurs. Car ce qui prouve que, non seulement entre parties contractantes, mais encore à l'égard des tiers, la propriété des meubles mêmes est transférée par le seul effet du consentement contractuel, c'est que le titre prévaut sur la possession de mauvaise foi, et que la possession de bonne foi seule, par une espèce de prescription instantanée, détruit l'effet du titre et vaut titre elle-même. Les meubles ne suivent donc pas, dans leur transmission par convention, une règle autre que les immeubles, seulement il existe une différence notable quant à leur acquisition par prescription : pour les immeubles il est exigé une possession de dix, vingt, trente ans; pour les meubles il suffit d'un seul instant de possession de bonne foi. C'est sur cette différence qu'est fondée la décision de l'article 1141. Le second acheteur, qui a reçu de moi le meuble que j'avais déjà vendu à Paul sans le lui livrer, tiendra son droit de propriété, non du contrat, mais de sa possession de bonne foi, c'est-à-dire de la prescription qui s'est opérée au détriment de Paul (2).

Toutefois le principe que la propriété se transmet par le seul effet des conventions, souffre exception dans quelques cas :

1° Quand le titre de l'acquisition est une donation de droits immobiliers (de biens susceptibles d'hypothèque, dit l'art. 939), pour que la propriété soit transférée au donataire à l'égard du tiers, il faut la formalité de la transcription.

2° La transcription est encore requise dans les dispositions par actes entre vifs ou testamentaires, à charge de restitution. Le

(1) Art. 1141 et 2279, Code civil.

(2) V. TOULLIER, VI, 205. — DELVINCOURT, ch. IV, sect. 1. — ZACHARIAE, I, § 205. — DEBANTON, X, 431. — DEMANTE, II, n° 578. — MARCADÉ, sur l'art. 1141.

fidéi-commissaire n'est réputé propriétaire vis-à-vis des tiers qui auraient acquis la chose du grevé, que pour autant que les actes, soit testamentaires, soit entre vifs, aient été rendus publics au moyen de la transcription (1).

Il résulte de cette comparaison de notre droit avec le droit romain, que chez nous il n'y a pas d'obligation qui ait pour objet un *dare* dans le sens des lois romaines, c'est-à-dire dans le sens que le paiement de l'obligation doit transférer la propriété. Car, en règle générale, il y a transmission de propriété par cela seul que l'obligation existe, par cela seul que la convention qui a pour objet un *dare*, est parfaite, et le paiement n'a plus pour objet que le transport de la *possession* ou la délivrance de la chose. C'est pourquoi le Code, à l'art. 1156, définit l'obligation de donner en disant qu'elle emporte l'obligation de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison. L'expression *donner* est restée, mais par suite du changement des principes sur la matière, la signification en est devenue tout autre. Quelques interprètes du droit romain avaient déjà attribué ce sens au mot *dare*.

4. L'obligation a pour objet un *facere*, lorsque le paiement consiste non plus dans le transport de la propriété d'une chose ou d'un droit de servitude, mais dans une autre prestation quelconque stipulée par un contrat.

Le *facere* comprend aussi le *non facere*.

5. Quand l'obligation qui n'a pas pour objet un *dare*, résulte soit d'un délit, soit d'un quasi-délit, ou bien lorsqu'entre parties liées par un contrat de bonne foi, l'obligation résulte de la demeure, de la faute ou d'un manquement quelconque à la loi du contrat, donnant lieu à des dommages-intérêts, les jurisconsultes romains se servent du mot *praestare*. Ainsi ils disent : *Culpam, diligentiam, periculum praestare; aestimationem, id quod interest praestare, evictionem praestare*; ainsi ils disent encore de la garantie de l'usage de la chose, due par le bailleur au locataire, *praestare debet locator conductori, frui quod conduxit licere* (2).

(1) Art 1069, 1070, 1071, Code civil.

(2) L. 9, D. XIX, 2; — L. 15, § 2, D. *cod.*; — L. 103, D. XLV, 1; — L. 34, D. XLIV, 7; — L. 17, D. XXIII, 2; — L. 107, D. XLV, 1.

6. Eu égard à la cause d'où procèdent les obligations, quelques jurisconsultes modernes distinguent des obligations médiates et des obligations immédiates, tandis que le droit romain distingue des obligations qui naissent *ex contractu*, *ex delicto*, *quasi ex contractu*, *quasi ex delicto*. — Il nous sera plus facile d'apprécier la division des modernes quand nous aurons d'abord expliqué celle de Justinien.

Tout le monde s'accorde sur ce qu'il faut entendre par obligations *ex contractu*, *ex delicto*; mais il n'en est pas de même de celles qui se forment *quasi ex contractu*, *quasi ex delicto*. Parmi les obligations *quasi ex contractu*, Justinien, sans en donner cependant une définition générale, range (1) :

1° La *negotiorum gestio*;

2° La gestion du tuteur pour le compte du pupille;

3° La gestion concernant une chose dont on n'est que copropriétaire par indivis;

4° L'acceptation de la succession, eu égard à l'obligation d'acquitter les legs;

5° L'acceptation d'un paiement indu.

Parmi les obligations qui se forment *quasi ex delicto*, Justinien, sans donner non plus une définition du quasi-délit, compte les cas suivants (2) :

1° Le juge qui a mal jugé, qui a infligé grief à l'une des parties, est soumis à une action prétorienne *in factum*. — Cette action suppose qu'il n'y ait pas dol de la part du juge, et le jugement qui intervient est un *arbitrium*, d'où il suit qu'il n'est pas même nécessaire que tout le dommage soit réparé (3). Mais s'il y a dol, il y a certainement délit; il n'est plus question d'obligation *quasi ex delicto*; la condamnation embrasse tous les dommages-intérêts, la peine de l'infamie est encourue (4), et s'il y a eu corruption, il y a lieu en outre aux peines comminées par les lois Julia, L. 3 et 4,

(1) Inst. Liv. III, Tit. 28.

(2) Inst. Liv. IV, T. 3.

(3) L. 6, D. L, 13.

(4) L. 15, § 1, D. V, 1. — L. 2, C. VII, 49.

D. XLVIII, 11. L'*actio in factum* contre le juge n'est pas donnée à la partie qui a interjeté appel.

Aujourd'hui, le grief que peut infliger un jugement à l'une des parties en cause, ne fait plus naître une obligation *ex quasi delicto* pour simple faute; le recours de la partie qui se eroit lésée, n'a plus lieu que dans les cas où il y a dol manifeste, concussion ou déni de justice, cas qui sont déterminés à l'art. 505 du Code de procédure.

2° Un autre cas où l'obligation naît *quasi ex delicto*, est celui où un dommage a été causé à un passant par une chose qui a été jetée sur un lieu de passage (*in locum quo vulgo iter fit*), peu importe que le lieu soit public ou privé (1). L'obligation de réparer un tel dommage est dite *quasi ex delicto*, parce qu'elle incombe au principal habitant de la maison, responsable en pareil cas non seulement de son fait, mais de celui des autres personnes qui l'habitent avec lui, et parmi lesquelles il doit rechercher l'agent coupable, s'il veut exercer son recours soit par l'*actio locati*, soit par l'*actio in factum* (2).

3° Est encore obligé *quasi ex delicto* celui qui suspend des objets quelconques dans les mêmes endroits où l'on passe habituellement, et où la chute de ces objets pourrait nuire. L'action de ce chef est une *actio popularis*, la peine est une amende. Mais si la chute de l'objet a lieu et qu'elle cause du dégât, on aura l'*actio de effusis et dejectis* contre le principal habitant de la maison (3).

4° Enfin sont encore tenus *quasi ex delicto*, les armateurs, les maîtres d'hôtel et aubergistes, en tant qu'ils répondent envers les voyageurs des vols qui se commettent dans les bâtiments et hôtels, à moins que ces vols n'aient été commis à force ouverte (4). Ils répondent également *quasi ex delicto*, de la perte ou de la détérioration des effets des voyageurs, à moins qu'elle ne soit causée par un événement tout-à-fait imprévu ou inévitable (5).

(1) § 1, Inst. IV, 5. — L. 1, D. IX, 3.

(2) L. 5, § 4, D. IX, 3.

(3) § 1, Inst. IV, 5.

(4) L. 1, D. XLVII, 5.

(5) L. 2, L. 3, § 1; L. 6, § 1, D. IV, 9.

Ces dénominations de quasi-contrats et de quasi-délits, introduites par Justinien, ainsi qu'on peut le voir en comparant avec le § 2, Inst. III, 14, le § 88, Liv. III de Gaius, ont été diversement appréciées par les interprètes. Les uns les ont rejetées avec la classification qui en découle, trouvant qu'il était impossible d'y comprendre toutes les obligations qui ne naissent ni du contrat ni du délit, et que d'ailleurs elles n'étaient guère susceptibles d'une définition générale. D'autres se sont efforcés de ramener sous les dénominations dont il s'agit, toutes les obligations non émanées du contrat ni du délit; mais ils ont donné du quasi-contrat et du quasi-délit des définitions trop larges, qui ne tendent qu'à jeter la confusion dans la théorie et dans les principes. — Nous nous occuperons successivement de la définition du quasi-contrat et du quasi-délit; ensuite nous verrons si ces dénominations sont assez larges pour renfermer réellement toute la matière des obligations quant aux causes d'où elles procèdent, ce qui nous conduira à l'examen de la division que les modernes ont établie à cet égard en obligations médiate et immédiates.

7. Les auteurs qui ont défendu la classification de Justinien, définissent le quasi-contrat : un fait licite qui nous oblige à notre insu, en vertu d'un consentement présumé. Mais le consentement présumé qui est le trait distinctif de cette définition, est un caractère qu'on ne saurait admettre en bonne doctrine. Il n'est nulle part signalé dans les sources; partout où il est question d'une espèce d'obligation à laquelle Justinien assigne pour cause le quasi-contrat, les textes disent qu'on est obligé *ex re*, c'est-à-dire par la force même des circonstances, *utilitatis, aequitatis causa* (1), et à raison même de cette force des circonstances les personnes qui, par le consentement, sont du reste incapables de s'engager, sont déclarées obligées, tels que les pupilles et les furieux. Cette seule considération prouve combien il répugne à la nature des choses de fonder le quasi-contrat sur un consentement présumé, car comment présumer le consentement là où il est impossible? La cause de l'obligation, quand il s'agit de quasi-contrat, ne saurait donc être dans une telle présomption.

(1) L. 5, § 1; L. 46, D. XLIV, 7.

Est-ce à dire qu'il faille renoncer à toute espèce de définition, et que le quasi-contrat ne soit qu'un mot vide de sens? Nous ne le pensons pas. L'examen des divers cas énumérés par Justinien au titre des *Quasi-Contrats*, fait découvrir certains caractères qui sont communs à tous. Comment donc les quasi-contrats diffèrent-ils du contrat et en quoi y ressemblent-ils? Il en diffèrent en ce qu'il n'y a entre les parties de consentement ni exprès, ni tacite; l'équité, l'utilité seule, la force des circonstances, sont la véritable cause de l'obligation. Or, ces circonstances sont chaque fois telles, qu'entre deux parties se trouve la matière d'un contrat qui serait intervenu raisonnablement, c'est-à-dire en vertu d'une nécessité morale, si d'ailleurs dans le fait ou physiquement, le consentement ou la perfection du contrat, eût été possible. C'est ce que l'analyse des quasi-contrats rapportés au texte que nous avons cité, nous fera voir plus clairement.

1° D'abord, quant à la gestion d'affaires, pour administrer les affaires d'autrui, il faut en règle générale un mandat, et celui qui malgré le maître s'ingère dans ses affaires, ne l'oblige aucunement envers lui. Mais s'il administre en l'absence du maître, alors que celui-ci n'a pu consentir ni expressément, ni tacitement, et que le défaut d'administration eût cependant laissé les affaires en souffrance, il y a dans de telles circonstances matière à mandat. L'intérêt de l'absent, si de fait le consentement était possible, exigerait qu'un mandat intervint. Dès lors l'équité veut que le maître soit obligé à-peu-près comme s'il y avait eu mandat; à-peu-près, disons-nous, car le *negotiorum gestor* est tenu plus strictement que le mandataire. En effet, celui-ci, exécutant toujours la volonté d'un autre, n'est tenu que de l'exécution; il ne répond pas de l'entreprise même, qui se fait aux risques et périls du mandant. Le *negotiorum gestor*, au contraire, ne répond pas seulement de ses fautes ou de sa négligence, mais est encore directement intéressé au succès de l'entreprise; car, pour que le maître soit obligé, il faut que la gestion ait produit un résultat utile. Toutefois, si ce résultat une fois obtenu, l'avantage que le maître devait recueillir était venu à disparaître par un cas purement fortuit, si, par exemple, une maison après avoir été convenablement réparée, était réduite en cendres

par le feu du ciel, le gérant aurait l'action *negotiorum gestorum contraria* contre le *dominus*, parce que dès l'instant qu'il y a eu utilité, son action est née, et que rien que sa propre reponeiation ne saurait l'en dépouiller (1).

1° La même analogie avec le mandat se fait remarquer dans la gestion du tuteur. Les soins qu'exige la fortune du pupille, soins que celui-ci, à cause de son âge et de son inexpérience, ne peut prendre lui-même, demanderaient la nomination d'un mandataire. Mais de mandat, le pupille ne peut en donner, ne pouvant valablement consentir, ni par conséquent s'obliger. Il n'y aurait donc pas de contrat dans l'espèce, mais seulement quasi-contrat.

Rappelons en passant que le tuteur, remplissant un office public et obligatoire, n'est tenu que de la *rebus suis consueta diligentia*, tandis que le gérant ordinaire est tenu de *omni diligentia*. La valeur de ces termes et le degré de responsabilité qu'ils expriment, seront expliqués lorsque nous traiterons de la prestation de la faute.

2° Le quasi-contrat de la *communio incidens*, au premier aspect offre la plus grande analogie avec la société. Il y a dans la communion, matière à société, et il y aurait société si le consentement était concomitant; mais la communion résulte d'un fait indépendant de la volonté des communistes, soit du legs d'une *species* fait à plusieurs, soit du mélange de choses fluides de même nature qui a lieu fortuitement ou par le fait d'un seul propriétaire. Il en est de même de la communion qui s'établit entre cohéritiers; elle présente la même analogie avec la société; les héritiers gérants répondent de la gestion *quasi ex contractu*, et ont droit de se faire rembourser de leurs avances en vertu du *judicium familiae erciscundae*.

3° Quant à l'obligation de payer les legs, obligation résultant du quasi-contrat de l'acceptation d'une succession, c'est l'analogie du mandat qui redevient sensible. Par l'acceptation, l'héritier est irrévocablement substitué dans tous les droits et obligations qui se rapportent au patrimoine du défunt, et à l'égard des dettes de la succession, la *causa debendi* pour l'héritier ne saurait différer de

(1) L. 10, § 1, D. III, 5; — L. 47, § 1, D. XLVI, 2.

la cause qui avait obligé le défunt lui-même. Mais il en est autrement des legs; la *causa debendi* n'a jamais existé dans la personne du défunt; elle prend réellement naissance dans le fait de l'héritier, c'est-à-dire dans l'acceptation. L'héritier qui accepte, ne contracte pas avec les légataires, et encore moins avec le défunt. Le legs est une espèce de mandat donné par le défunt à l'héritier, mandat auquel, dans la pensée du testateur, est subordonné l'appel à la succession. L'acceptation de la succession implique donc acceptation de ce quasi-mandat, qui serait un véritable mandat si, lors de l'acceptation, le mandant avait encore existé, et que les deux volontés nécessaires au contrat eussent pu se rencontrer. L'analogie avec le mandat ressort clairement d'une foule de textes où les mots *mandare*, *mandatum imponere*, sont employés comme synonymes de *fideicommittere* (1).

2° Enfin, la *condictio indebiti* a de l'analogie avec le *mutuum*, parce que la cause éloignée de l'obligation est le *dare*, et que si l'on ne peut retirer ce qui a été donné à la condition expresse qu'il soit rendu, ou ne saurait non plus garder ce qui n'a été donné que par erreur : *Is qui non debitum accepit per errorem solventis, obligatur quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur qua debitorum creditoribus*, dit Gaius à la L. 3, § 3, D. XLIV, 7. Il suit de cette analogie avec le *mutuum*, que celui qui a reçu l'*indebitum* ne doit jamais rendre plus qu'il n'a reçu, et qu'il ne peut pas même être condamné aux intérêts moratoires (2). Mais, comme dans le *mutuum* la restitution est fondée sur une promesse, tandis que dans l'*indebitum* elle est fondée sur l'équité, sur ce principe qu'on ne peut s'enrichir *cum detrimento alterius, et injuriâ*, il se peut que celui qui a reçu l'*indebitum*, ait à restituer moins qu'il n'a reçu, n'étant tenu que de ce dont il se trouve enrichi (3). Il en serait autrement s'il y avait eu fraude de la part de l'accipiens; en ce cas la restitution serait fondée sur son dol, et non pas sur le principe d'équité que nous venons de signaler.

(1) § 3, Inst. II, 24; — L. 123, § 1, D. XXX; — L. 77, § 24, D. XXXI. — L. 62, § 1, et L. 74, D. XXXVI, 1.

(2) § 6, Inst. III, 28; — L. 1, C. IV, 8.

(3) L. 65, D. XII, 6.

Ainsi, parmi les cinq quasi-contrats énumérés par Justinien, la gestion d'affaires, l'administration de la tutelle, l'acceptation de la succession, se rapprochent du mandat; la communion entre copropriétaires ou cohéritiers, est semblable à la société, et l'*indebiti solutio* au *mutuum*, et c'est à cause de cette similitude que Justinien a pu leur donner le nom de quasi-contrats, ainsi que le disent fort bien Westenberg et Weber (1).

Avec ce dernier auteur nous définirons donc le quasi-contrat : un fait intervenu dans des circonstances telles qu'il aurait pu, qu'il aurait dû raisonnablement être l'objet d'un contrat (d'un mandat, d'une société, d'un *mutuum*), si d'ailleurs dans ces mêmes circonstances le consentement eût été possible, s'il n'eût pas été empêché soit par l'absence, soit par le défaut d'intelligence, soit par l'erreur de l'une des parties.

8. On définit généralement le quasi-délit un fait illicite, commis sans dol, sans intention de nuire, mais par simple faute, ignorance ou imprudence (2).

Cependant ce n'est pas dans la *culpa* opposée au *dolus*, que réside le caractère distinctif du quasi-délit. S'il en était ainsi, il s'ensuivrait d'abord que la plupart des cas qui tombent sous l'application de la loi Aquilienne, et qui constituent de véritables délits, auraient dû être énumérés au livre IV, tit. 5 des Instit., parmi les quasi-délits. D'un autre côté, Justinien, au § 1 de ce titre et au sujet de l'*actio de effusis et dejectis*, dit que le principal habitant de la maison est tenu, non pas toujours à cause de sa propre faute, mais à cause de la faute d'autrui, *plerumque ob alterius culpam tenetur*; et au sujet de l'armateur et du maître d'hôtel, il se sert à-peu-près des mêmes expressions, il est tenu *quasi ex delicto, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum quorum opera navem exercet, cum aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur; ideo quasi ex maleficio tenere videtur*. Il est vrai que l'obligation *quasi ex delicto* du juge qui a mal

(1) WESTENBERG, *Diss. de causis obligationum*. — WEBER, *Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit*, pp. 87 et suiv. — 5^e Ed.

(2) POTRIER, *Oblig.*, n^{os} 117, 119. — DURANTON, XIII, n^o 899.

jugé, est fondée sur sa propre faute; mais cela n'autorise pas à dire que l'obligation *quasi ex delicto* repose sur une *culpa*. Pour saisir l'idée qui distingue le quasi-délit en droit romain, il faut s'arrêter au principe qui, suivant ce droit, sert de base à la réparation des dommages en dehors des contrats. Or, ce principe, tel qu'il ressort de la loi *Aquilia*, est que tout fait dommageable qui ne se trouve pas dans un rapport contingent, direct ou indirect, avec la liberté de l'agent, n'oblige pas celui-ci à le réparer. Que si le rapport est indirect, c'est-à-dire, si le fait dommageable n'est pas la conséquence voulue ou nécessaire d'un autre acte volontaire, il faut, pour qu'il y ait responsabilité, que cette conséquence ait pu être prévue. La L. 30, § 3, D. IX, 2, nous fournit cet exemple : J'allume du feu dans mon champ pour brûler le chaume. Voilà un fait volontaire. Le vent qui s'élève soudain communique le feu à la maison voisine. Le feu cependant avait été allumé par un temps calme, on avait pris toutes les précautions nécessaires pour le contenir; l'incendie, conséquence indirecte, médiate de mon fait (car il a été occasionné par le vent qui s'est levé), ne m'est pas imputable, dit la L. 30, § 3, parce que je ne pouvais pas prévoir l'événement (1). — Il faut donc en droit romain pour qu'il y ait obligation de réparer un dommage ou pour qu'il y ait imputabilité, pour qu'il y ait délit dans le sens général du mot :

1° Un acte libre.

2° Un fait dommageable et illicite. — Si en jetant quelque chose sur sa propriété (*quo vulgo iter non fit*), on blesse par hasard un passant qui s'y trouve sans permission (*sine jure*), pas de responsabilité (2).

3° Un rapport contingent direct ou indirect entre le fait libre et le dommage.

4° Lorsque le rapport contingent entre l'acte libre et le dommage est indirect, c'est-à-dire lorsque le dommage n'est pas un résultat immédiat, nécessaire, et par conséquent voulu du fait libre posé par l'agent, il faut au moins que celui-ci ait pu prévoir ce résultat.

(1) Comp. TOULLIER, XI, n° 155.

(2) V. TAULIER, *Théorie du Code civil*, t. IV, p. 589.

C'est ce que prouve tout le titre de la loi Aquilia, que nous expliquerons ailleurs.

Si avec ces éléments constitutifs du délit, que nous a fournis l'analyse, nous comparons les faits que Justinien signale comme quasi-délits, nous verrons que dans chacun de ces faits il y a toujours un des éléments du délit qui fait défaut, tandis que les autres s'y retrouvent. 1° Il faut un fait libre : il suit de là

a) Que le dommage causé par des *infantes*, par des *furiosi*, n'entraîne aucune réparation même civile de leur part (1). Nous verrons tout-à-l'heure si le père, le tuteur, le curateur en sont responsables. — Suivant l'art. 1384 du Code civil, le père, et après le décès du père, la mère, répondent du dommage causé par leurs enfants mineurs, à moins qu'ils ne prouvent qu'ils n'ont pu l'empêcher. Nous dirons plus loin comment il faut entendre cette réserve.

b) De ce qu'il faut un fait libre, il suit encore que les juges ne pouvaient être tenus du tort qu'ils causaient aux parties en jugeant mal par simple ignorance et sans qu'il y eût dol de leur part, car leurs fonctions, bien qu'elles fussent gratuites, n'étaient pas volontaires; ils ne pouvaient s'y soustraire que pour des motifs déterminés par la loi (2). Primitivement ils n'étaient pas responsables; mais le préteur changea sur ce point l'ancien droit, en les soumettant du chef de leur négligence à une action *in factum*, qui pourtant n'entraînait pas une stricte responsabilité, ainsi que nous l'avons vu plus haut. Dans le quasi-délit du juge, l'un des éléments du délit manque; la responsabilité n'est pas complète, parce que sa liberté ne l'est pas.

2° Pour constituer le délit, il faut un dommage. C'est pour cela que le fait d'avoir suspendu des choses dont la chute pouvait nuire, ne constitue pas un délit proprement dit. C'est un fait libre, mais il est seulement dangereux, il n'est point dommageable par lui-même, donc point de réparation, et la défense de ce fait n'est sanctionnée que par une pécune de 10 livres, qui se poursuit par une

(1) L. 3, § 2, D. IX, 2. — L. 12, D. XLVIII, 8.

(2) L. 18, § 14, D. I, 4. — L. 6, § 6, D. XXVII, 1. — Comp. WALTER, *Histoire du droit romain* (en all.), 2^e éd., t. II, n^{os} 716-17.

actio popularis. — Dans notre droit on ne qualifie pas non plus de délits des faits réprimés par la loi comme dangereux, seulement ils constituent ce que nous appelons des contraventions de simple police.

Il faut ¹, avons-nous dit, un rapport contingent entre le fait libre et le dommage, c'est-à-dire il faut que physiquement le dommage se rapporte au fait libre comme l'effet à la cause.

a) Il suit de là qu'en règle générale on ne répond pas même civilement d'un fait illicite qu'on n'a pas posé soi-même, à moins qu'il n'y ait complicité, ou qu'on n'ait donné ordre ou mandat à l'effet de le commettre. C'est là du moins, sauf tout au plus deux exceptions, ce que le droit romain a admis en principe, et il s'ensuit ultérieurement que le maître ne répond du délit de l'esclave que s'il a donné un ordre, ou si, ayant pu l'empêcher, il ne l'a point fait, car alors il est censé avoir tacitement consenti (1). Mais si la volonté n'y est pour rien, la responsabilité n'est pas engagée non plus; il doit seulement, s'il possède encore l'esclave, et s'il ne veut réparer le dommage, donner l'esclave *in noxam*; d'où il suit évidemment que la réparation du dommage n'est pas pour lui une obligation.

b) Anciennement il en était exactement de même du père à l'égard des enfants sous puissance, et quoique la *noxae deditio* de l'enfant sous puissance fût abolie dès le III^e siècle, le père comme tel n'était pas civilement responsable des délits commis par le fils. Le fils seul, si son intelligence était assez avancée pour que le fait lui fût imputable, pouvait être poursuivi, et le père n'était tenu dans tous les cas, en vertu de l'*actio judicati*, qu'à concurrence du pécule (2).

c) Quant au tuteur du pupille et au curateur du furieux, ils ne répondent des dommages causés par ceux à qui n'incombe aucune responsabilité personnelle, qu'autant qu'ils sont eux-mêmes en faute (3).

d) Le mandant ou commettant ne répond pas des délits de son mandataire ou préposé, à moins qu'il ne soit complice, c'est-à-

(1) L. 27, § 1; L. 44, L. 45, D. IX, 2.

(2) L. 35, D. IX, 4. — § 7, Inst. IV, 8.

(3) L. 61, D. XXVI, 7, et L. 14, D. I, 18, comp. avec les L. 5, § 2, D. IX, 2; L. 12, D. XLVIII, 8, et L. 21, D. IX, 4.

dire que le délit ne soit l'objet du mandat. Il n'en répond donc pas en sa seule qualité de mandant (1).

e) Encore moins répond-on des dommages causés par les animaux qu'on a sous sa garde, à moins qu'on ne les ait excités, ou que les ayant conduits, on ne soit tombé dans quelque négligence. Hors ces cas, qui donneraient lieu à l'*actio utilis ex lege Aquilia*, celui qui a souffert le dommage n'a droit qu'à réclamer l'animal *propter noxam*; le propriétaire ne répond pas du dommage, qu'il ne doit acquitter que pour le cas où il préfère garder l'animal (2).

Encore moins le droit romain fait-il peser sur le propriétaire le dommage causé par la ruine d'un bâtiment ou par la chute d'un arbre. Si les voisins prévoient le danger, ils peuvent s'en préserver par la *cautio damni infecti*; mais à défaut de cette précaution, ils n'ont aucun recours contre le propriétaire en cas d'accident.

Ainsi il est bien évident que le droit romain n'a pas étendu l'obligation de réparer les dommages, au delà de l'imputabilité stricte, au delà de la responsabilité personnelle. L'action *de effusis et dejectis*, l'action *in factum* contre les *navatae, caupones, stabularii* font seules exceptions.

9. Dans tout ce qui concerne les quasi-délits, le droit moderne diffère essentiellement du droit romain. Suivant le code, conforme en cela aux principes du droit germanique, il y a des cas où le rapport purement moral nous rend responsables du dommage causé par un tiers, ou par une chose animée ou inanimée. Un rapport contingent entre la personne responsable et le dommage, n'est donc point requis. Ainsi, l'art. 1384 pose en principe qu'on est responsable non-seulement du dommage causé par son propre fait, mais encore de celui causé par le fait des personnes dont on doit répondre, c'est-à-dire qu'on a sous ses ordres, sous sa surveillance, ou des choses qu'on a sous sa garde. Et en conséquence de ce principe :

1° Le père, et la mère après le décès du père, sont déclarés res-

(1) V. L. 5, §§ 9, 10, D. XIV, 3.

(2) L. 82, § 2, D. IX, 2. — L. 1, §§ 4, 5, 7, D. IX, 1.

ponsables du dommage causé par leurs enfants *mineurs* et *habitant avec eux*; et la même obligation incombe aux tuteurs, par argument des art. 450 et 468, Cod. civ.

1° Les maîtres et les commettants ou mandants répondent du dommage causé par leurs domestiques et préposés, dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. Ainsi un maître répondrait de l'incendie qu'auraient occasionné ses ouvriers en fumant du tabac pendant leur travail (1).

2° Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et leurs apprentis pendant le temps qu'ils sont soumis à leur surveillance.

Ainsi ce n'est pas à raison de l'imputabilité juridique, c'est à raison du pouvoir, de l'autorité, de la surveillance, qu'exercent le père, à défaut de celui-ci la mère, le tuteur, les instituteurs et artisans, que ceux-ci sont responsables respectivement du dommage causé par les individus qui sont soumis à cette autorité. Tel est le principe du Code à l'article 1384. Cette responsabilité qui, excédant les limites de l'imputabilité juridique, pénètre dans la domaine de l'imputabilité morale, n'est cependant pas absolue; elle peut être déclinée, dit le dernier § de cet article, lorsque le père ou la mère, les instituteurs et les artisans, prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait dommageable. Quant aux maîtres et commettants, ils ne peuvent exciper de ce qu'il leur aurait été impossible d'empêcher le fait dommageable de leurs domestiques ou préposés, lorsque ceux-ci ont agi dans l'exercice même des fonctions auxquelles ils ont été employés. — Au surplus quand l'auteur du fait a agi avec discernement, celui qui a souffert le préjudice peut actionner à son choix ou l'auteur du fait, ou la personne civilement responsable, sauf le recours de celle-ci contre l'auteur du fait, *s'il a agi avec discernement* (2).

Ainsi de la diversité des principes qui gouvernent les deux législations, résulte cette différence pratique qu'en droit romain il faut,

(1) MERLIN, Rép., v° *Incendie*, § 2, n° 8.

(2) MARCADE, sur l'article 1384, IV. — Comparez TATLER, t. IV, p. 607 (*Théorie du Code civil*).

pour engager la responsabilité des personnes qui exercent quelque pouvoir, quelque autorité, qu'on leur démontre qu'ils auraient pu empêcher le fait dommageable et qu'ils ne l'ont point fait, tandis qu'en droit moderne la responsabilité existe *ipso jure* là où est l'autorité, et que pour décliner la responsabilité, les personnes exerçant l'autorité ou la surveillance doivent prouver au contraire qu'elles étaient dans l'impossibilité d'empêcher le dommage. Et ce qui rend cette différence plus sensible, c'est que, d'après une jurisprudence constante, le père et la mère, par exemple, ne pourraient invoquer comme excuse l'impossibilité physique où ils auraient été de surveiller l'enfant, si le délit commis par celui-ci n'était qu'une suite de désordres antérieurs que les parents n'auraient pas pris soin de réprimer (1).

Enfin, les art. 1383 et 1386 rendent les propriétaires responsables du dommage causé par les animaux, et même par les bâtiments qui se trouvent sous leur garde, lorsque la ruine des bâtiments est résultée du défaut d'entretien ou d'un vice de construction.

On trouve l'origine de ces dispositions du code dans l'ancien droit germanique (2).

Le rapprochement que nous avons établi entre la notion du délit et les divers faits que Justinien qualifie de quasi-délits, a prouvé que chacun de ces faits présente à la vérité plusieurs caractères constitutifs des délits, sans que pourtant tous ces caractères s'y rencontrent; et telle est en effet la seule définition générale que l'on puisse donner du quasi-délit. En droit français on pourrait définir le quasi-délit, tout fait qui entraîne une responsabilité même de la part de celui qui ne l'a point commis, si ce dernier a exercé sur l'agent un pouvoir, une autorité, une surveillance déterminée par la loi, ou s'il a eu en propriété ou sous sa garde les objets animés ou inanimés qui ont causé le dommage. Le quasi-délit comprend donc les cas de responsabilité du fait d'autrui énumérés à l'art. 1384, les cas des art. 1383 et 1386, ainsi que ceux

(1) Voir arrêts de Bourges du 9 mars 1821, et de la Cour de Cass. de France du 29 mars 1827, Sirey 1822, 2, 238 et 1828, 1, 373.

(2) Loi salique, tit. 13. — Loi des Burgondes, tit. 4, c. 2. — Loi des Saxons, tit. 13. — Loi des Allemands, tit. 99.

des art. 1782 et suivants, et 1782 et suivants, qui consacrent la responsabilité dont le droit romain avait exceptionnellement chargé les *nautae*, *caupones*, *stabularii*. Quant à l'*actio in factum* contre le *judex*, nous avons déjà vu qu'elle n'existe plus. L'*actio de suspensis* et l'*actio de effusis et dejectis*, qui rend le principal habitant ou les principaux habitants solidairement responsables des dommages causés aux passants par des choses qui auraient été jetées ou versées des étages, n'existent pas non plus en droit moderne; mais la responsabilité qui pèse sur le maître de la maison, quant au fait de ses enfants, de ses domestiques, apprentis, préposés, vient y suppléer.

10. De ce qui a été exposé aux n^{os} 7 et 8, il suit que les dénominations de quasi-contrats et de quasi-délits se justifient, parce que l'on trouve dans les faits que Justinien a rangés dans l'une ou l'autre de ces catégories des caractères qui leur sont communs. Mais ce qu'on est fondé à objecter contre cette classification, c'est qu'elle n'embrasse pas toutes les obligations qui n'ont pour cause ni le contrat, ni le délit. C'est pourquoi les anciens jurisconsultes Gaius et Modestin, pour indiquer les causes des obligations, s'étaient servis d'expressions plus générales. La L. 1, D. XLIV, 7, dit : *Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure, ex variis causarum figuris* (1).

La même considération a fait abandonner à beaucoup de jurisconsultes modernes, la division de Justinien, pour y substituer celle en obligations médiate et immédiates. Mais ceux qui l'ont adoptée, n'y ont pas tous attaché la même signification. Les uns, et parmi eux il faut compter Mühlenbruch, croyant pouvoir ramener toutes les obligations à deux sources distinctes, ont dit : toutes les obligations ont leur cause ou dans un fait, ou dans une loi qui consacre un principe d'équité; les premières sont des obligations médiate, c'est-à-dire des obligations que la loi ne consacre que moyennant un fait quelconque, contrat ou délit, quasi-contrat ou quasi-délit; les secondes sont des obligations immédiates, parce qu'elles émanent directement, immédiatement de la

(1) Comp. la L. 32, D. cod, "

loi ou de l'équité : telles sont, par exemple, l'obligation qui incombe aux enfants et aux parents de se fournir réciproquement des aliments, et toutes les obligations fondées sur le principe qu'on ne peut s'enrichir au détriment d'autrui. Telle serait encore, en droit moderne, l'obligation qui incombe à tout propriétaire de vendre à son voisin, s'il l'exige, la communauté du mur bâti sur la limite de son héritage.

La base de cette classification a été attaquée par Thibaut, qui a démontré que l'on pouvait bien distinguer en droit naturel des obligations absolues et immédiates, comme l'est, par exemple, l'obligation de respecter la personnalité de l'homme dans tous ses droits innés se rapportant à sa nature physique et morale; mais que cette distinction tombait à faux dès qu'on l'appliquait à un droit positif, que là il est impossible de séparer dans l'obligation le fait de la loi, et qu'il n'y a point d'obligation à la formation de laquelle ne concoure ce double élément (1). Ainsi l'obligation de fournir des aliments, qui paraît peut-être le plus dégagée de l'élément de fait, repose pourtant soit sur la parenté, c'est-à-dire sur la filiation directe ou sur la filiation d'un auteur commun, soit sur l'affinité, c'est-à-dire sur le mariage (2).

C'est ce que Weber, qui a adopté la division des obligations en médiates ou immédiates, a reconnu lui-même (3). C'est pourquoi cet auteur, tout en maintenant les termes de cette division, y attache cependant un sens différent. Il convient que les obligations dites immédiates ont, elles aussi, leur fondement éloigné dans un fait; mais il prétend qu'elles diffèrent néanmoins des obligations médiates en ce que ces dernières ont leur cause efficiente et déterminante dans le fait de l'homme que la loi ne fait que sanctionner, tandis que les obligations dites immédiates, bien qu'elles supposent un fait comme condition, ont cependant leur cause efficiente et déterminante dans la loi. Ainsi entendue la distinction est vraie, mais

(1) THIBAUT, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, n° 12.

(2) Comparez art. 199 et 200, Code

(3) WEBER, *Op. cit.*, p. 82.



comme l'a fait remarquer Thibaut, la terminologie ne convient plus. A part les termes, voici en quoi nous paraît consister la vérité de cette division. Bien qu'il soit impossible de séparer entièrement le fait de la loi, et réciproquement la loi du fait, il y a cependant des obligations dans lesquelles domine l'élément subjectif du droit : telles sont les obligations résultant des conventions et des délits, qui reçoivent du fait même leur détermination, et auxquelles la loi ne fait que prêter sa sanction. Il y en a d'autres où domine l'élément objectif du droit, c'est-à-dire la loi basée sur l'équité, sur l'ordre public ou sur l'intérêt de la famille. Celles-ci reçoivent leur détermination non pas du fait, qu'elles présupposent comme condition, mais de ce qu'exigent les circonstances, les intérêts objectifs qu'il s'agit de sauvegarder et dont la loi est l'expression. Parmi ces dernières se rangent l'obligation de fournir des aliments et toutes celles fondées sur le principe qu'on ne peut s'enrichir *cum alterius detrimento et injuriâ*; car ce qui détermine l'étendue de ces obligations et leur efficacité, ce n'est plus le fait de l'homme. Ainsi l'obligation d'aliments se règle entièrement d'après les besoins momentanés et d'après la position actuelle des personnes entre lesquelles elle existe. De même l'*indebiti conditio* est déterminée non pas par le fait, par le *dare*, qu'elle présuppose, mais par les circonstances du moment où l'action est intentée, puisqu'il ne s'agit que de savoir de combien en ce moment le défendeur se trouve enrichi.

11. Toute obligation suppose un fait particulier qui unit entr'elles deux personnes déterminées, que l'on appelle créancier et débiteur. Il suit de là que l'obligation qui incombe à tous de respecter les droits primitifs et les droits dérivés de chacun n'est pas une obligation proprement dite; c'est un devoir qui découle directement de la nature humaine, et non un lien de droit qui crée des rapports spéciaux de créancier à débiteur.

Originellement le mot *creditor* ne s'appliquait qu'à celui qui avait fait un prêt. Nous trouvons dans un fragment de Gaius, au titre *De verborum significatione*, les traces de cette double signification : *Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur qui pecuniam crediderint : sed omnes quibus ex qualibet causa debetur.*

12. Le lien de l'obligation peut se former primitivement de telle sorte qu'il y ait un seul ou plusieurs créanciers d'un côté, qu'il y ait un seul ou plusieurs débiteurs de l'autre. S'il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, l'obligation, en règle générale et de plein droit, se divise entre les créanciers et entre les débiteurs, et même il y aura autant d'obligations que de personnes. D'où il suit :

1° Que dans le legs *per damnationem*, qui anciennement ne faisait naître qu'une obligation, il ne pouvait y avoir lieu au droit d'accroissement (1).

Toutefois sous Justinien, la volonté présumée du testateur a prévalu sur cette conséquence de strict droit, et il a été admis que dans le cas d'appel de plusieurs à une même chose, l'accroissement aurait lieu, si le testateur lui-même n'avait pas fait de parts.

2° Que si l'un des débiteurs devient insolvable, les autres ne répondent pas de lui, car dès l'instant où l'obligation se contracte, ils ne sont tenus que pour leur part, et cette part constitue pour chacun une obligation distincte.

Telle est la règle. Toute l'indivisibilité de l'objet de l'obligation, ou la loi, ou bien une disposition particulière prise entre parties ou émanant du testateur qui a établi le lien de l'obligation, fait quelquefois considérer les cocréanciers ou les codébiteurs comme étant tous et chacun créanciers ou débiteurs d'une seule et même chose, sans que cette chose soit pourtant due plus d'une fois. Dans ces cas, que l'on doit considérer comme exceptionnels, chaque créancier a le droit d'exiger le tout, un seul débiteur a l'obligation de payer le tout; mais le paiement, une fois fait, éteint l'obligation à l'égard de tous. On dit alors que l'obligation est *in solidum* (le mot *solidum* pris dans un sens général) quoique l'on distingue plus particulièrement l'obligation indivisible de l'obligation solidaire, et que celle-ci se subdivise encore en obligation corréale et obligation solidaire proprement dite. L'obligation est indivisible, soit parce que son objet n'est pas susceptible de division, comme l'obligation d'un *facere*, d'un *non facere*, l'obligation de

(1) V. GAIES, Comm. II, § 205.

constituer une servitude, soit par suite de la forme que les parties lui ont donnée, et telles sont l'obligation d'un *genus*, l'obligation d'une alternative. L'obligation est solidaire alors que ni la nature de l'objet dû, ni la forme du contrat ne s'opposent à la division, mais que l'exécution doit se faire *in solidum*, à cause de la convention, du testament ou de la loi.

Si une disposition entre vifs ou testamentaire laissait du doute sur la question de savoir si l'obligation doit être considérée comme solidaire ou non, on présumerait toujours qu'elle est *pro parte*. Antoninus, Achilleus et Cornelius ont promis une somme à Julius Carpus, dit la loi 11, D. XLV, 2; chaque promettant devra un tiers de cette somme, parce qu'il n'a pas été dit que la dette serait solidaire, que les promettants seraient *duo rei promittendi*.

L'art. 1202 du Code veut aussi que la solidarité ne se présume point; c'est pourquoi Toullier prétend avec raison contre Delvincourt, que le dommage causé à des passants par des objets versés ou jetés d'un appartement, n'oblige pas solidairement ceux qui sont responsables de ce fait. Le motif en est que l'art. 1384 ni aucune disposition de la loi, n'établissent la solidarité; car l'art. 55 du Code pénal ne s'applique qu'aux dommages et intérêts dus par ceux qui ont été condamnés pour un même crime ou délit, et non pas à ceux qui seraient condamnés pour un quasi-délit ou pour une contravention de simple police (1).

De même que l'obligation en règle générale se divise entre les divers créanciers et les divers débiteurs qui sont originairement intervenus au contrat, de même, lorsque dès le principe il n'y avait qu'un seul créancier ou un seul débiteur, elle se divise si le créancier ou le débiteur décède en laissant plusieurs héritiers. Il en résulte encore une fois que si l'un des héritiers du débiteur devient insolvable, les autres ne répondent pas de cette insolvabilité, la division ayant opéré autant de dettes distinctes que de parts héréditaires.

Quand elle passe aux héritiers, l'obligation solidaire ne fait pas même exception à la règle de la division; c'est là un des points par

(1) TOULLIER, XI, n° 130. — DELVINCOURT, III, p. 683.

lesquels elle diffère essentiellement de l'obligation indivisible. Celle-ci, entre les héritiers comme entre les parties stipulantes, reste toujours indivisible, parce que l'indivisibilité est un caractère inhérent à l'objet même ou à la forme constitutive de l'obligation. L'obligation solidaire au contraire, bien qu'elle doive s'exécuter solidairement entre les débiteurs qui l'ont contractée, se divise entre les héritiers des parties contractantes activement ou passivement, parce qu'elle est divisible, et que partant elle n'échappe pas à la loi générale de la division entre les héritiers. Ainsi, si Pierre et Paul sont débiteurs solidaires de 1000 francs, le créancier pourra bien sans recourir à Pierre exiger les 1000 fr. des héritiers de Paul, comme il eût pu les exiger de Paul lui-même; mais il ne pourra pas exiger les 1000 fr. de chacun des héritiers de Paul à son choix : ce serait là une nouvelle solidarité que les parties n'ont point prévue. De ce que l'obligation solidaire entre deux débiteurs se divise entre les héritiers de l'un des débiteurs solidaires, il ne suit donc pas qu'elle perde le caractère de solidarité. Vis-à-vis du codébiteur, l'obligation conserve ce caractère; les héritiers du codébiteur décédé sont solidairement obligés, ils sont obligés pour 1000 francs; mais entr'eux héritiers ils succèdent *pro parte* dans la dette solidaire de leur auteur : entr'eux l'obligation se divise de plein droit comme toute obligation divisible (1).

13. On divise encore les obligations en principales et accessoires, division qui est fondée sur ce qu'il y a des obligations qui subsistent par elles-mêmes, qui ont en elles-mêmes leur raison d'être, tandis qu'il y en a d'autres qui ne subsistent pas par elles-mêmes, et qui s'éteignent nécessairement avec l'obligation à laquelle elles se rattachent. Le contrat pignoratif, le cautionnement, la clause pénale sont des obligations accessoires.

14. Une autre division, en obligations civiles et naturelles, est fondée sur ce qu'il n'y a pas d'obligation, quelle qu'en soit la cause, qui ne repose au moins sur la sanction de la loi civile. Justinien proclame ce principe dans sa définition, quand il dit : *Obligatio est*

(1) Voyez sur cette matière le chapitre spécial *Des obligations indivisibles en droit romain*.

juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae SECUNDUM NOSTRAM CIVITATIS JURA, et l'ancien droit français l'a également consacré par cet adage : « Quand la loi se tait, l'homme demeure libre (1). »

La nécessité de cette intervention de la loi, pour former le lien obligatoire qui emporte l'exécution forcée, a une haute raison. Elle témoigne du soin pris par les législations à tracer une ligne de démarcation entre le droit et la morale, démarcation qu'il importe de ne jamais perdre de vue, la morale, qui embrasse l'homme dans toute son existence, répugnant à l'idée de la contrainte qui maintient l'ordre social fondé sur le droit.

C'est surtout dans l'ancien droit romain, dans les premières origines du droit civil, que ce principe de l'intervention de la loi pour la formation d'un lien obligatoire, a été religieusement observé et même exagéré. La loi, qui avait pour mission principale de statuer sur les délits, le testament, la stipulation ou plutôt le *nexus per aes et libram* (c'est-à-dire le prêt et les conventions qui avaient revêtu la forme de ce prêt, forme d'où sont sorties par la suite la stipulation et la *litterarum obligatio*), étaient les seules causes primitives des obligations. Plus tard, certains contrats, ceux qui *consensu*, qui *re ineuntur*, et qui ont reçu une définition juridique et un nom particulier, sont devenus l'objet d'une procédure spéciale, et en quelque sorte d'une juridiction propre, d'un *arbitrium boni viri*, d'un *judicium bonae fidei* différent du *judicium stricti juris*, qui s'appliquait à l'ancienne *obligatio*, à l'*obligatio juris civilis*. Ensuite sont venus les contrats non susceptibles d'une définition juridique générale, les *contractus incerti (innominati)*. La flagrante équité qu'il y avait à forcer l'exécution complète d'un contrat, lorsqu'il avait déjà été exécuté par l'une des parties, a fait accorder l'*actio in factum, praescriptis verbis*. En même temps des pactes ont été déclarés exécutoires, les uns par le prêteur, les autres par les constitutions impériales, *pacta praetoria, pacta legitima*. — Quant aux autres conventions et pactes

(1) « Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. » Art. 3 de la Déclar. des droits de 1791.

auxquels ni le droit civil, ni le droit prétorien, ni le droit des constitutions impériales ou des *leges*, n'avaient attribué d'action, ils ne fondaient pas une obligation proprement dite (1). Mais une jurisprudence basée sur l'équité, sur le *jus gentium*, y a pourtant attaché certains effets, et a ainsi donné naissance à une espèce d'obligation que l'on a appelée *obligatio naturalis*. C'est donc sur le principe *pas d'obligation sans loi qui la consacre*, ou si l'on veut sur l'opposition entre le *jus civile* et le *jus gentium*, et nullement sur la distinction entre le droit naturel et le droit civil, ni sur la distinction entre les devoirs moraux et les obligations juridiques, qu'est fondée la division en obligations civiles et obligations naturelles (2).

15. La division des obligations en civiles et naturelles n'était pas la seule qui découlât de l'opposition entre le *jus civile* et le *jus gentium*. De même que l'équité naturelle avait attribué, par l'organe du prêteur, certains effets à des conventions dénuées de *causa civilis*, ainsi d'un autre côté, lorsqu'un contrat civil, quoique parfait dans sa forme, était vicié dans sa substance, était entaché de dol ou de violence, le prêteur, sans anéantir les prescriptions du droit civil en elles-mêmes, avait dépouillé le contrat de son efficacité, en accordant au débiteur des exceptions perpétuelles. Telles sont l'*exceptio doli*, l'*exceptio quod metus causa*. L'obligation invalidée par une pareille exception a été appelée par les modernes *obligatio civilis inefficax*, seu *obligatio merè civilis*, c'est-à-dire obligation de pure forme. C'est d'elle et des exceptions perpétuelles qu'on pouvait y opposer, que la L. 112, D. L, 17, dit : *Nihil interest ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur*; et que la L. 33, D. L, 16, décide que celui-là seulement est créancier qui ne peut pas être débouté par une exception perpétuelle. Si l'on payait par erreur ce qui formait l'objet d'une pareille convention on avait la *condictio indebiti* pour le répéter : *Qui exceptionem perpetuam habet*, dit la L. 40, D. XII, 6, *solutum per errorem repetere potest* (3). On me réclame l'exécution d'une

(1) L. 16, § 4, D. XLVI, 1.

(2) L. 84, § 1, D. L, 17.

(3) Nous trouvons encore la même décision à la L. 26, § 3, D. XII, 6.

promesse faite par mon auteur; cette promesse, je l'acquitte; je livre la chose promise, je transfère la propriété à titre de paiement; mais j'apprends plus tard que la promesse avait été obtenue par l'effet du dol, et que j'aurais pu repousser l'action par l'*exceptio doli*. J'ai payé ignorant que j'avais cette exception, c'est-à-dire ignorant que je ne devais pas; j'aurai la *condictio indebiti*. Mais je n'aurais pas l'*actio doli*, car elle est purement subsidiaire.

Il en est de l'intercession d'une femme, comme d'une promesse entachée de dol ou de violence, un sénatusconsulte spécial, le sénatusconsulte Velléien ayant pour des motifs d'équité, à cause de la faiblesse du sexe, dépouillé l'intercession des femmes de tout effet. L'exception de ce sénatusconsulte est également perpétuelle, parce qu'elle est inhérente à la cause même, parce qu'elle vicie la substance de l'acte, quelle qu'en soit la forme, à tel point que le paiement fait par une femme qui eût pu opposer l'exception du sénatusconsulte, et qui a ignoré qu'elle le pouvait, donne lieu également à la *condictio indebiti* (1).

Avec ces obligations que l'équité a dépouillées de leur efficacité, il ne faut pas confondre celles que les interprètes appellent obligations civilement réprochées, et que le droit civil seul, ou si l'on veut la raison civile seule, a improuvées, mais qui conservent la sanction de l'équité, du *jus naturale* : *quae naturali jure valent, civili improbantur*. Si elles ont été acquittées, elles ne donnent pas lieu à la *condictio indebiti*. La loi 40, D. XII, 6, est très-explicite à cet égard. Si j'ai, dit-elle, une exception perpétuelle et que je paie par erreur, je pourrai répéter; mais il n'en sera pas ainsi si l'exception est donnée *in odium creditoris*, par exemple, si un fils de famille emprunte malgré le sénatusconsulte Macédonien, et que sorti de puissance il paie; quoique il ait une exception perpétuelle contre toute demande en paiement, il ne pourra répéter ce qu'il a payé. — Pourquoi cette différence ? c'est que l'exception du sénatusconsulte Macédonien n'est pas introduite, parce qu'il serait injuste que le fils de famille pût être forcé de payer l'emprunt qu'il a contracté étant pubère, mais *in odium creditoris*. La loi a jugé que

(1) L. 9, C. IV, 29.

le créancier qui fait un prêt à un fils de famille, sans s'enquérir si le père y donne son assentiment, ou si le prêt peut être restitué sur des biens dont le fils a la libre disposition, est peu digne de considération, puisqu'il encourage plus ou moins le fils de famille à se rendre importun à son père ou à contracter des dettes dont les intérêts accumulés jusqu'à l'époque où il sortira de puissance, dévoreront son patrimoine. Toutefois comme il n'est pas contraire à l'équité naturelle que le fils de famille restitue ce qu'il a emprunté, il est évident que si la restitution se fait, il n'y a plus le moindre fondement à la *condictio indebiti*.

Certains interprètes enseignent que les caractères de l'obligation civilement réprouvée se rencontrent encore dans la prétendue obligation naturelle que laisseraient subsister soit la prescription, soit le jugement absoluire qui aurait renvoyé un défendeur des fins de la demande, alors cependant que cette demande serait fondée en réalité. Nous croyons que c'est là une erreur; que ni la prescription, ni un tel jugement absoluire ne laissent subsister une obligation naturelle, et c'est ce que nous démontrerons plus loin.

En résumé, les obligations que le *jus gentium* a reconnus comme telles, mais que le *jus civile* n'a pas élevées au rang de l'obligation proprement dite, sont les obligations dites naturelles, les obligations qui n'ont pas de *causa civilis*. Celles qui dérivent de contrats auxquels le droit civil a attaché la force obligatoire, mais dont le consentement est vicié et que le droit prétorien et le SC^{us} Velléien ont pour ce motif dépouillées de l'efficacité civile, sont les obligations inefficaces ou *mere civiles*; enfin l'obligation qui, sans offenser le *jus gentium*, a été dépouillée de son inefficacité par le droit civil même, non pour des motifs d'équité, mais *in odium creditoris*, est appelée *obligatio civiliter reprobata*, mais conserve sa force naturelle. La seule obligation de ce genre que contienne le droit romain, est celle qui résulte du prêt du fils de famille.

16. Les obligations civiles se divisent en obligations simples ou unilatérales, où il n'y a qu'une partie d'obligée et qui ne font naître qu'une seule action; telles sont les obligations résultant de la stipulation, du *mutuum*, de l'*indebiti solutio*, ou d'un délit, — et en obligations synallagmatiques ou bilatérales, qui donnent naissance

à deux actions, et dans lesquelles chaque partie joue à la fois le rôle de créancier et de débiteur. Toutefois parmi les obligations synallagmatiques, on distingue celles que l'on nomme synallagmatiques parfaites, des obligations synallagmatiques imparfaites. Quelques interprètes appellent les premières *aequales* et les secondes *inaequales*. Comme les obligations synallagmatiques naissent toutes de contrats ou de quasi-contrats, nous dirons que les obligations sont parfaitement synallagmatiques lorsque l'action de chacune des parties contractantes naît immédiatement ou directement avec le contrat même. D'après cela les obligations qui ont pour cause la vente, le louage, la société, l'emphytéose, le compromis, sont des obligations parfaitement synallagmatiques. Les obligations sont imparfaitement synallagmatiques, lorsqu'elles ont pour cause un contrat ou un quasi-contrat qui fait naître une action directe et une action contraire, comme le dépôt, le commodat, le *pignus*, le mandat, la *negotiorum gestio*. En effet, dans ces contrats, il n'y a qu'une obligation qui existe immédiatement avec le contrat même : dans le dépôt, c'est celle du dépositaire; dans le commodat, celle de l'emprunteur; dans le *pignus*, celle du créancier; dans le mandat, celle du mandataire; dans la gestion, celle du gérant. Seuls ils sont directement obligés *ex contractu* ou *quasi ex contractu*, et c'est pour ce motif que l'action directe se donne contre eux. Si le déposant, le *commodo* dans, le débiteur qui a donné un gage, le mandant, celui dont les affaires ont été gérées, sont obligés à leur tour, ce ne sera que *ex post facto*, ce ne sera que parce que le dépositaire, le commodataire, le mandataire, le créancier gagiste, le gérant, auront fait des impenses ou des débours, ou auront souffert à raison de la chose qui leur a été confiée, un dommage imputable à l'autre partie; ce sera toujours *ex post facto*, c'est-à-dire dans un fait postérieur au contrat même que leur obligation aura pris naissance. C'est pourquoi l'action qui est donnée contre eux, est appelée *actio contraria* (1).

17. La division, en contrats parfaitement et imparfaitement synallagmatiques, a, en droit moderne, plus qu'un intérêt scientifique.

(1) Voyez Gans, *Ueber Römisches Obligationen Recht*, p. 107, 116.

L'art. 1325 qui exige que les actes sous seing privé, contenant des conventions synallagmatiques, pour être valables, soient faits en autant d'originaires qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, ne s'applique pas aux contrats imparfaitement synallagmatiques. Comme le but de l'art. 1325 est de procurer à chacune des parties le moyen de contraindre l'autre à l'exécution des conventions, et de maintenir quant à la preuve l'égalité, l'exacte réciprocité qui est de l'essence des contrats synallagmatiques, il est évident que la disposition ne se rapporte qu'aux contrats parfaitement synallagmatiques. Car, comme nous l'avons fait remarquer, dans ceux qu'on appelle synallagmatiques imparfaits, il n'y a jamais qu'une partie qui soit obligée par l'effet direct et immédiat du contrat même; il suffit donc que cette partie se trouve liée par un écrit pour qu'il soit satisfait au vœu de la loi. Et même dans les contrats parfaitement synallagmatiques, dans la vente, par exemple, lorsque l'une des parties satisfait immédiatement à son obligation, il suffit que cette partie, qui tient seule l'autre obligée, soit munie d'un acte écrit constatant que l'obligation a été exécutée par elle, pour que l'obligation de l'autre partie soit prouvée par ce même acte (1).

18. Il est une autre division des obligations qui est particulière au droit romain et qui ne trouve son explication que dans l'histoire de ce droit, c'est celle qui résulte de l'opposition entre le *strictum jus* et la *bona fides*, d'où les obligations *stricti juris* et *bonae fidei*.

On trouve l'expression la plus caractéristique du *strictum jus* dans ce principe que la loi des XII tables, *uti lingua nuncupasset, ita jus esto*; principe que le jurisconsulte Celsus a reproduit en d'autres termes à la L. 99, D. XLV, 1 : *Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est*. Ainsi tout ce qui a été promis dans une formule donnée, est obligatoire, mais rien au delà; le *strictum jus* demeure étranger à l'équité, à l'usage, il ne connaît que la lettre de la convention (2).

Que si l'on recherche la cause historique de cette rigueur du

(1) DURANTON, t. XIII, n° 146. — MARCADE, art. 1325. — Arrêt de la cour de Gand du 25 mars 1834.

(2) L. 31, § 20, D. XXI, 1. — L. 7, § 3, D. IV, 3.

droit romain, on la trouve dans le caractère primitif de la *plebs*, dans cette association d'hommes qui s'est formée sous la protection de la société praticienne et que les traditions font remonter à l'asyle ouvert par Romulus. C'était, comme les historiens s'accordent à le dire, un amas d'aventuriers, de citoyens mécontents ou d'illustres exilés accourus de toutes les parties de l'Italie, des cités de la Gaule et de la grande Grèce, des hommes privés de patrie, de lois et d'institutions communes, des *privati*, des hommes qu'aucun lien de parenté ni d'origine, qu'aucune loi, aucun culte commun ne réunissaient entr'eux. Sous le rapport politique ils devaient donc tomber sous la tutelle et la domination des praticiens; sous le rapport civil, à l'égard d'eux-mêmes, ils ne pouvaient avoir d'autre droit que celui établi par convention ou par les lois qu'ils s'étaient faites, car ils n'avaient pas d'usages communs qui pussent y suppléer, qui pussent servir à les interpréter suivant l'équité. De là l'importance extrême que l'on attachait à la lettre. Les obligations qui dérivait des conventions, devaient être certaines dans leurs formes, dans leur objet, dans leur effet.

Voilà ce qui explique le caractère de ces obligations et nous montre comment la distinction en obligations *stricti juris* et obligations *bonae fidei*, se confond avec les *judicia certi*, où rien n'était laissé à l'arbitrage du juge et les *judicia incerti*, où tout n'ayant pu être déterminé à l'avance, il y avait nécessité pour les parties de s'en référer tacitement à l'équité, à la bonne foi et à un pouvoir discrétionnaire.

19. De ce que nous venons de dire, il suit :

1° Quant à la forme des obligations *stricti juris*, que toutes devaient être unilatérales, c'est-à-dire qu'elles devaient résulter ou de la loi, qui n'oblige qu'envers elle et qui ne s'oblige pas, ou de la stipulation, c'est-à-dire d'une demande formelle et d'une réponse explicite et conforme, dont le propre est encore de ne nous présenter qu'une seule personne comme obligée. Au contraire, toutes les obligations *bonae fidei* sont bilatérales ou synallagmatiques, et nécessairement l'obligation de l'une des parties s'y lie à celle de l'autre, d'où il résulte que pour déterminer ce que l'une des parties doit, il faut examiner jusqu'à quel point l'autre partie a exécuté ou

n'a pas exécuté sa promesse. L'arbitrage du juge, l'équité et l'usage y jouent donc un rôle nécessaire.

1° Quant à leur objet :

Dans les obligations *stricti juris*, le débiteur était tenu *ad dandum*, c'est-à-dire à transférer la propriété. En effet, l'objet de l'obligation devait être certain. Or l'objet matériel seul dont la propriété se transfère, a une valeur de commerce déterminée. Au commencement même, l'objet de la stipulation ne pouvait être qu'une somme d'argent, d'où la *condictio certi*. Ce n'est que par une extension de ce système, que le *dare* a pu comprendre un autre corps certain, ayant une valeur déterminée, d'où la *condictio triticiaria*. Ce fut enfin par un rapprochement plus marqué de l'équité que le fait de l'homme put devenir l'objet de la stipulation.

2° Quant aux effets :

L'obligation de strict droit ne pouvait être dissoute que de la manière qu'elle avait été formée; le simple pacte contraire la laissait subsister, toutefois le prêteur donnait dans ce cas l'*exceptio pacti conventi*. Il en était de même du dol et de la violence, pour lesquels des exceptions étaient également accordées. La compensation n'avait pas d'effet dans le strict droit. Marc-Aurèle l'admit par forme d'exception, mais non *ipso jure*. Or jusqu'à Constantin, tant que le *jus* restait séparé du *judicium*, toutes les exceptions qui se rapportaient à des actions *stricti juris* devaient être mentionnées dans la formule pour que le juge pût y avoir égard (1). Dans les obligations de bonne foi au contraire, le juge pouvait en tout état de cause avoir égard à toutes sortes d'exceptions, ce que les jurisconsultes romains expriment par ces mots : *exceptiones bonae fidei judiciis ipso jure insunt*.

Enfin le *strictum jus* et la *bona fides* font encore sentir leur influence dans les effets de la demeure, de la prestation de la faute, et des dommages et intérêts. Ces différences feront l'objet d'un examen spécial.

Il nous reste ici à faire remarquer que les deux systèmes ont été plus ou moins rapprochés et conciliés au moyen des exceptions,

(1) L. 7, § 3, D. IV, 3.

des restitutions en entier, et de la *clausula doli*, clause que les parties avaient coutume d'ajouter aux stipulations, afin d'autoriser le juge à suivre les principes de la bonne foi. De plus, la ruine de l'ancien ordre de procédure qui distinguait le droit du fait, a également contribué à compléter le rapprochement, surtout en ce qui concerne les exceptions. Enfin plusieurs actions qui étaient de strict droit, ont été transformées par Justinien en actions *bonae fidei*. Ainsi Justinien a voulu que l'*actio rei uxoriae*, par une faveur spéciale, jouit de tous les effets les plus favorables de l'*actio ex stipulatu* et des actions de bonne foi (1). De même en matière de legs et de fidéicommis, le *strictum jus* a été confondu avec la *bona fides*, de telle sorte encore que l'obligation de payer les legs sortit toujours les effets les plus favorables au légataire (2).

Cependant l'assimilation du *strictum jus* et de la *bona fides* n'est que partielle; bien des différences subsistent encore dans le droit de Justinien, et méritent d'autant plus d'être remarquées, que si nous les néglignons, il nous serait impossible de connaître la sage économie des lois romaines, et nous pourrions être tentés de transporter dans la pratique actuelle, des décisions qui ne trouvaient leur justification que dans des formes qui de nos jours ont complètement disparu.

(1) L. 1, C. V, 13.

(2) L. 1, C. VI, 43.

CHAPITRE II.

DE L'OBLIGATION NATURELLE.

Sommaire.

20. Obligation naturelle. — Ses effets.
21. L'hypothèque concédée pour une obligation naturelle, conférerait-elle au créancier l'action hypothécaire? — Controverse.
22. Obligation naturelle résultant de la convention sans *causa civilis*.
23. Obligation naturelle résultant du contrat où est intervenu un pupille.
— En quel cas ce pupille est obligé *civiliter*; en quel cas il ne l'est pas même naturellement. — Est-ce à dire que le contrat où il intervient ne produise pas d'obligation naturelle?
24. Suite. — Erreur commise par quelques auteurs.
25. Effets du contrat où intervient un mineur.
26. Effets du contrat où intervient un prodigue ou un furieux.
27. Autre cause d'obligation naturelle : promesse de l'esclave à son maître ou à des tiers et réciproquement.
28. La promesse faite par l'esclave, comparée à la promesse du pupille.
29. Promesse faite par le fils à son père, ou par le père à son fils.
30. Obligation naturelle résultant de la *pietatis causa* : Dot donnée par la mère à sa fille; prestations officieuses de l'affranchi au patron.
31. L'obligation à terme, est abusivement citée par quelques auteurs comme source d'obligation naturelle.
32. L'obligation civilement réprouvée est une cause d'obligation naturelle; tel est le prêt contracté par le fils de famille.
33. La prescription donne-t-elle naissance à une obligation naturelle?
— Arguments qu'on a produits en faveur de l'affirmative.
34. Réponse à ces arguments.
35. Suite. — Examen de la L. 2, C. VIII, 31.
36. La prescription ne laisse pas subsister d'obligation naturelle.
37. Conséquences.
38. Le jugement qui renvoie indûment le défendeur des fins de la demande, laisse-t-il subsister une obligation naturelle?
39. Résumé de la signification de l'expression *obligation naturelle*; des causes générales auxquelles l'obligation naturelle peut être ramenée en droit romain, et de ses effets.

20. L'obligation naturelle est un lien de l'équité naturelle, qui nous oblige devant la loi civile, mais imparfaitement et sans accorder d'action. Avant de donner une définition plus complète de cette obligation, cherchons quels sont les effets que la loi civile y attache.

Un premier effet, commun à toutes les obligations naturelles, c'est qu'en cas de paiement d'une telle obligation il n'y a pas lieu à répétition, le paiement eût-il même été fait par erreur. Celui qui l'a reçu pourra repousser le demandeur par l'*exceptio doli*, car s'il n'y a pas eu obligation suivant le droit civil, il y a du moins obligation suivant l'équité (1). 2° L'obligation naturelle peut servir à la compensation, et par conséquent aussi donner lieu au droit de rétention (2). 3° Elle peut être l'objet de la novation, et au moyen de la novation être transformée en obligation civile, soit que la novation ait lieu dans la forme civile de la stipulation, soit qu'elle ait lieu par le pacte prétorien du constitut. 4° Son exécution peut être assurée par le cautionnement et l'hypothèque.

Il importe de remarquer qu'en droit romain les effets de l'obligation naturelle varient d'après les causes qui l'ont fait naître. Pour ce motif nous traiterons de ces causes en détail.

21. Plusieurs jurisconsultes ont contesté, non pas que l'obligation naturelle pût être garantie par des cautionnements, gages ou hypothèques, mais que le gage ou l'hypothèque concédée pour une obligation naturelle conférât au créancier l'action hypothécaire. Celui-ci n'aurait d'après eux qu'un droit de rétention au cas de possession de la chose hypothéquée. Leur argumentation se réduit aux points suivants (3) :

1° L'accessoire doit participer de la nature du principal; or l'obligation naturelle ne produisant pas d'action, il doit en être de même de l'hypothèque.

2° Lorsque le créancier hypothécaire intente son action contre un tiers possesseur, celui-ci a le droit de se faire céder les actions.

(1) L. 7, § 4, D. II, 14; — L. 64, D. XII, 6.

(2) L. 6, D. XVI, 2; — L. 13, D. XIII, 3.

(3) V. BECHTEL, *Civillr. Erbert.*, t. II, p. 144, note 2, et les auteurs qu'il cite.

Or, dit Weber, c'est ce qu'on ne peut faire lorsque l'hypothèque ne garantit qu'une obligation naturelle, et de là il suit que l'action hypothécaire est inadmissible.

3° Enfin on invoque à l'appui de ces raisonnements les lois 4 et 22, C. IV, 32.

Quant au premier argument, nous avons à faire deux observations. D'abord le cautionnement prouve qu'il n'est pas exact de dire en matière d'obligations accessoires que l'accessoire suit la nature du principal : car si cela était, il en résulterait que l'obligation naturelle ne saurait être cautionnée ou du moins que ce cautionnement ne devrait pas produire d'action; et cependant Théophile là où il enseigne que l'obligation naturelle peut être cautionnée, au § 17, liv. III, tit. 21, dit : *Est enim regula quā dicimus quum principales naturaliter tenentur, eorum fidejussores naturaliter et civiliter obligari*. On peut sans doute objecter que la paraphrase de Théophile n'a aucun caractère légal, mais il est à remarquer que sa doctrine trouve son application et sa preuve dans la L. 60, D. XLVI, 1, où l'ancien jurisconsulte Sævola, au sujet d'un cautionnement qui avait été constitué pour une dette civile, réduite au moyen d'une exception à une dette naturelle, dit que la caution reste obligée. Donc elle pouvait être civilement obligée pour une dette qui n'était plus que naturelle.

Ce qui prouve encore combien le premier argument a peu de fondement, c'est que lorsque l'esclave a contracté avec des tiers, le maître, pour autant qu'il est obligé en vertu des actions qu'on appelle : *adjectitiae qualitatis, de peculio, quod jussu, exercitoria, institoria*, est civilement obligé en ce sens qu'il est soumis à l'action judiciaire, et cependant il n'est obligé qu'accessoirement : l'obligation principale est celle de l'esclave, qui n'est qu'une obligation naturelle. En effet l'obligation du maître dépend de celle de l'esclave, celle-ci ne dépend pas de la première. Quand l'obligation accessoire du maître est déduite *in judicium*, l'obligation naturelle de l'esclave peut encore être cautionnée, dit la L. 50, D. XV, 1 (1).

(1) Comp. BUCHZL, p. 107.

Tout ce que l'on peut conclure de la nature accessoire d'un droit, c'est qu'il suppose nécessairement l'existence d'un autre droit qu'il est destiné à garantir; de là la conséquence que l'accessoire ne saurait renfermer plus que le principal, et que la caution ne saurait être obligée *in deteriorem causam*, c'est-à-dire ne saurait être obligée ni à une plus grande quantité ni à autre chose, ne saurait être obligée purement et simplement lorsque l'obligation principale est à terme. Mais il n'en résulte aucunement que tout droit accessoire doive être de la même nature que le droit principal. Si le système que nous combattons était celui des jurisconsultes romains, ils auraient nécessairement dû distinguer une hypothèque civile et une hypothèque naturelle, ce qu'ils n'ont jamais fait.

Le second argument qu'on fait valoir n'est pas plus fondé. D'abord il n'est pas exact d'envisager la cession de l'action personnelle comme une condition de l'exercice de l'action hypothécaire; cette cession est demandée sous la forme d'une exception, de l'*exceptio doli*, et d'ailleurs elle n'est accordée qu'au tiers possesseur de bonne foi (1). D'autre part, c'est moins l'action que le droit qui doit être cédé par le créancier agissant hypothécairement. La loi 19, D. XX, 4, parle du *jus nominis*. Sous Justinien chaque mode d'aliénation implique cession, et dès lors rien ne s'oppose à la cession d'une obligation naturelle : *Causa obligationum naturalium transit*, dit la L. 40, D. XXXVI, 1.

Le troisième argument repose sur les lois 4 et 22, C. IV, 52, qui sont des rescrits impériaux. Il s'agissait de savoir si le gage concédé pour une obligation pouvait être retenu du chef d'intérêts dûs en vertu non d'une stipulation, mais d'un simple pacte. Un débiteur après avoir payé le capital, mais devant encore les intérêts, réclame la restitution du gage, le créancier le retient et demande à l'empereur s'il est dans son droit. Et partant de ce principe que l'hypothèque, à moins qu'elle n'ait été réduite dans le titre au seul capital, s'étend aussi aux intérêts, l'empereur décide que la rétention peut avoir lieu, unique question que le rescrit avait à tran-

(1) L. 19, D. XX, 4.

cher, la demande ne concernant que celle-là. Cependant on en a tiré par argument *a contrario*, que l'action hypothécaire ne saurait être intentée, mais il suffit d'envisager le caractère spécial des décisions invoquées pour voir que cet argument n'est point fondé. Il nous conduirait d'ailleurs à une conclusion formellement repoussée et par la Loi 2, C. X, 8, où les mots *praestare oportet*, prouvent qu'il y a lieu à une action qui ne peut être que l'action hypothécaire, du chef d'intérêts qui ont été promis par simple pacte : *si eas dependi saltem pacto placuit*; — et par la Loi 2, C. VIII, 31, qui prouve de la manière la plus explicite que l'hypothèque conserve ses effets, quoique l'obligation principale ait été éteinte par l'effet de la prescription : *Intelligere debes vincula pignoris durare, actione civili submotâ*.

Il demeure donc établi que le cautionnement et l'hypothèque donnés pour garantir une obligation naturelle, confèrent au créancier l'action du cautionnement et l'action hypothécaire.

22. Parmi les causes de l'obligation naturelle, on compte d'abord toute convention valable selon le *jus gentium*, mais à laquelle il manque le *nomen* ou la *causa civilis*, et à laquelle ni le prêteur ni les constitutions impériales n'ont attribué le droit d'action; en un mot, le *pactum nudum* et la simple convention (1). Cette obligation naturelle a tous les effets que nous avons énumérés plus haut, tous les effets de l'obligation civile, sauf l'action.

23. Suivant quelques auteurs il faut compter parmi les causes de l'obligation naturelle, les engagements pris par des pupilles et des mineurs sans le consentement de leur tuteur ou curateur. Ces engagements feraient naître, d'après eux, une obligation naturelle, mais seulement à partir de la majorité des pupilles et des mineurs, tandis que suivant d'autres ils seraient complètement nuls. La valeur de tels engagements est l'objet de la plus vive controverse. Plusieurs interprètes ont même pensé que les jurisconsultes romains eux-mêmes n'avaient pas été d'accord. Nous croyons qu'il est nécessaire de faire ici des distinctions.

D'abord il y a des cas où le pupille est obligé même *civilliter*. C'est

(1) L. 7, § 4 et § 7, D. II, 14.

ce qui a lieu : 1° Toutes les fois qu'il a nui à autrui par son dol, *si jam doli capax sit*, ce qui, en dernière analyse, sera une question de fait que le juge décidera, en ayant notamment égard à son âge et aux autres circonstances qui peuvent prouver son degré d'intelligence. 2° Le pupille est obligé partout où l'on est obligé *ex aequitate, ex necessitate juris*, sans que le consentement soit nécessaire et même malgré le dissentiment. C'est ce qui a lieu lorsqu'il se trouve dans une *communio*, et que le communiste a fait des impenses nécessaires. Dans ces cas l'obligation est dite venir *ex re* (1).

Mais à part ces cas, et partout où il s'agirait d'une obligation *ex contractu*, le pupille oblige bien l'autre partie envers lui, mais ne s'oblige pas lui-même par le contrat (2). Le *mutuum*, le *commodat*, n'obligent donc pas le pupille; pas d'action *ex mutuo*, pas d'action *ex commodato* contre lui. Mais s'il est enrichi, il sera tenu, non pas *ex contractu*, mais *in quantum locupletior factus est*, en vertu du principe d'équité : *nemo cum alterius detrimento locupletior fieri potest*. Toutefois l'*actio in factum* qui naît de ce principe, prendra dans les cas supposés, le nom d'*actio utilis ex commodato*. Il en est de même si le pupille a géré les affaires de quelqu'un; il ne sera tenu par le quasi-contrat que *in quantum locupletior factus est*, en vertu de l'*actio utilis*, et cela s'applique en général à tous les contrats, quels qu'ils soient. Antonin le Pieux (3) a posé ce principe général que le pupille est tenu pour autant qu'il est enrichi; et pour savoir s'il est enrichi, on a égard au temps de la *litis contestatio* (4).

Mais s'il n'est pas enrichi, résulte-t-il de ce que le pupille n'est pas obligé *ex contractu*, qu'il ne soit pas même obligé naturellement? C'est sur ce point qu'existe la plus vive controverse. Tandis que d'après une foule de textes (5), le contrat où intervient le

(1) L. 46, D. XLIV, 7. — Comp. L. 4 et L. 52 pr., et § 8, D. XLIV, 7; — L. 3, § 3, D. XV, 1; — L. 17, § 2; L. 11, D. XIV, 3.

(2) L. 43, D. XLIV, 7; — L. 8, D. XXIX, 2.

(3) L. 8, D. XXVI, 8.

(4) L. 37, D. III, 5.

(5) L. 1, § 1, D. XLVI, 2; — L. 44 et L. 95, §§ 2 et 4, D. XLVI, 3; — L. 25, § 1, D. XXXVI, 2; — L. 3, Inst. III, 39.

pupille produit une obligation naturelle, la Loi 59, D. XLIV, 7, dit formellement le contraire; elle porte : *Pupillus mutuum pecuniam accipiendo nequidem jure naturali obligatur*; et la Loi 41, D. XII, 6, donne au pupille qui a payé ce qu'il avait promis sans l'autorité du tuteur, la *condictio indebiti*; d'où il résulte encore une fois qu'il n'est pas même naturellement obligé (1).

Mais y a-t-il réellement opposition? Les deux lois citées disent-elles précisément que l'engagement pris par un pupille ne produit en aucune manière d'obligation naturelle? Non; les termes ne sont pas aussi généraux; ces lois disent seulement que le pupille n'est pas même naturellement obligé par le *mutuum*, par la promesse, et que s'il avait acquitté pareil engagement, il aurait au cas où la chose aurait été consommée, la *condictio indebiti* (2). Or, si l'on compare avec ces deux lois les autres textes cités, on verra que partout où du consentement donné par un pupille est résulté une obligation naturelle, cette obligation ou bien n'aura d'effet que par rapport aux tiers qui interviennent dans cette obligation, ou du moins n'aura aucun effet préjudiciable par rapport au pupille lui-même. Ainsi il y aura obligation naturelle en ce sens que la caution intervenue sera liée valablement par le pupille; mais cette caution n'obligera pas le pupille envers elle, et lorsqu'elle aura

(1) *Quod pupillus, porte cette loi, sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit et solcerit, repetitio est, quia nec natura debet.*

(2) Nous disons au cas où la chose aurait été consommée, quoique la loi 41 ne le dise pas textuellement, car cela résulte nécessairement des principes sur le paiement fait par le pupille et le transport de la propriété, comme le prouvent les Lois 9, § 2, D. XXVI, 8, et 14, § 8, D. XLVI, 3. D'après ces lois, en effet, le pupille fût-il même civilement débiteur, ne transfère pas la propriété par le paiement; le tuteur peut revendiquer; toutefois, si la chose est consommée, il est libéré, et il n'a aucune action lorsqu'il a payé une dette civile et que l'accipiens a été de bonne foi. L'accipiens qui aurait été de mauvaise foi, serait tenu *tamquam fictus possessor*. Le pupille ou son tuteur a, au contraire, la *condictio indebiti*, lorsqu'il a payé une dette qu'il avait contractée lui-même, et que la chose a été consommée, et c'est parce qu'il a la *condictio indebiti*, que l'on dit qu'il n'est pas même naturellement obligé; de même que l'on dit qu'il y a obligation naturelle là où celui qui paie n'a pas la *condictio indebiti*, alors pourtant qu'il n'est pas civilement obligé, ainsi que nous le verrons plus loin.

payé, elle n'aura plus l'action *mandati contraria* contre le pupille (1). Il y a plus, l'engagement pris contractuellement par le pupille, pourra même obliger son héritier; il y aura obligation naturelle par rapport à l'héritier, bien que par rapport au pupille il n'y eût pas même d'obligation naturelle. Le créancier qui avait fait un prêt au pupille, se trouve être son héritier fiduciaire; ce créancier, en transmettant l'hérédité au fidéicommissaire, aura le droit de reteuir le prêt, et cependant le pupille n'aurait pas même été naturellement obligé au-delà de ce que le prêt l'avait enrichi (2).

Les lois que nous venons d'expliquer se concilient donc parfaitement avec ces principes : 1° Qu'en contractant, le pupille oblige les autres envers lui, mais ne s'oblige pas même naturellement envers eux; 2° qu'à tous autres égards cependant, excepté à l'égard de lui-même, son engagement produit une obligation naturelle.

Avec les mêmes principes se concilieront encore la loi 1, § 1, D. XLVI, 2, et la loi 9, D. *eod.*, dont l'une prononce la validité, l'autre la nullité de la novation faite par un pupille. Ainsi, lorsque la première de ces lois dit que le pupille peut nover, c'est qu'elle a en vue un pupille qui est débiteur; c'est ce qu'indique le mot *promittere*. Eu effet, dans ce cas il éteint par la novation son ancienne dette; et il peut le faire, car cela lui profite; d'autre part, la promesse qu'il fait n'étant pas absolument nulle, puisqu'elle est susceptible d'être cautionnée ou hypothéquée par des tiers, susceptible d'être confirmée par lui à sa majorité (3), elle pourra prendre la place de l'obligation primitive; dans ce sens la novation sera valable, et il sera vrai de dire que le pupille peut nover. — D'après la L. 20, § 1, D. XLVI, 2, le pupille au contraire ne peut pas nover; mais dans l'espèce de cette loi, le pupille est créancier, comme l'indique le mot *stipulari*; créancier, le pupille ne peut pas nover, parce que la novation ne suppose libération du chef de la première dette, et que le pupille ne saurait libérer son débiteur.

(1) L. 95, § 4, D. XLVI, 3; — L. 25, D. XLVI, 1.

(2) L. 95, § 2, D. XLVI, 3; — L. 59, D. XLIV, 7.

(3) L. 9, D. XLVI, 2.

Il n'y a donc nulle contradiction entre les lois citées, et il est vrai de dire que l'engagement contractuel du pupille produit une obligation naturelle, qui peut être cautionnée, hypothéquée par les tiers, ratifiée par le pupille lui-même à sa majorité, et qui, dans les contrats synallagmatiques, est la cause pour laquelle l'autre partie est engagée s'il plaît au tuteur ou au pupille devenu majeur de ratifier. Mais tels sont les seuls effets de cette obligation naturelle résultant de l'engagement consensuel du pupille, car elle ne saurait avoir contre lui aucun effet forcé, sans ratification de la part du tuteur ou du pupille parvenu à majorité. Cette obligation naturelle n'aura donc pas pour effet d'autoriser le créancier à retenir la chose payée par le pupille, ni d'opposer l'*exceptio doli* à l'action en revendication si la chose existe encore, ou à la *condictio indebiti* si elle a été consommée, soit que le tuteur intente ces actions, soit que le pupille devenu majeur vienne les intenter lui-même. Enfin de ce qu'il y a lieu à répétition contre le créancier du pupille qui a reçu le paiement, il suit par cela même que la compensation ne saurait avoir lieu, car la compensation n'est qu'un paiement réciproque. — C'est en ce sens que les lois précitées disent que le pupille n'est pas même naturellement obligé, mais ne disent pas qu'il n'y a pas d'obligation naturelle.

24. Quelques auteurs ont enseigné, pour concilier les lois prétendument opposées dont nous venons de nous occuper, que les unes se rapportent à un pupille *infantiae proximus*, les autres à un pupille *pubertati proximus*. Mais cette distinction ne se trouve mentionnée que dans les lois qui se rapportent à l'obligation du pupille *propter dolum*, et là encore elle n'est pas légale, elle n'est donnée que par forme d'indication. Du reste elle ne se trouve dans aucun fragment relatif aux engagements consensuels du pupille. Ce que les jurisconsultes romains ont voulu établir, c'est que, en cas de dol commis par un pupille, il était utile, pour décider le point de savoir s'il avait agi avec ou sans intelligence, d'examiner s'il était *pubertati* ou *infantiae proximus*; mais hors le cas de dol, cette distinction vient à tomber.

Nous ne parlerons pas des autres tentatives faites pour concilier les textes dont nous venons de nous occuper. Cela nous entraînerait trop loin.

25. Qu'en est-il de l'engagement pris par l'individu pubère, mais mineur, de 25 ans? Constitue-t-il une obligation naturelle à l'égard des tiers, à l'égard du mineur lui-même?

Il n'y a aucun texte qui résolve cette question d'une manière spéciale. Le motif en est que dans l'ancien droit les individus pubères étaient complètement capables. Donc leurs engagements étaient civilement et naturellement obligatoires. De là la restitution en entier en cas de lésion, et quoique plus tard on ait introduit, pour donner une garantie plus efficace à l'inexpérience des mineurs, des cas de nullité, cependant la capacité subsiste comme règle. La Loi 43, D. XLIV, 7, porte : *Obligari potest pater familias suae potestatis, puber, compos mentis; pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur jure civili*. Et cette règle existe, aussi bien pour les mineurs qui ont demandé un curateur général que pour ceux qui n'en ont pas demandé, car la L. 101, D. XLV, 1, dit : *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari...* Les uns et les autres peuvent s'obliger valablement; leur engagement est à la fois civilement et naturellement obligatoire.

Mais il y a certains actes pour lesquels ils ont besoin d'être assistés d'un curateur. Ainsi à défaut d'un curateur spécial, aucun mineur ne peut intenter une action en justice, ni recevoir les comptes de la tutelle, ni donner quittance, ni hypothéquer ou aliéner des immeubles ou des choses mobilières qui peuvent se conserver sans détriment, *quae servando servari possunt*; même pour l'aliénation il faut en outre un décret du magistrat (1). — De plus le mineur qui a demandé un curateur général (ce curateur ne peut lui être imposé), ne peut valablement rien aliéner sans son consentement. Les contrats qui ont pour objet direct une aliénation ne l'obligent donc pas, si le curateur ne l'a assisté (2); mais tous les autres contrats l'obligent, ainsi que le porte la Loi 101, D. XLV, 1. Le mineur qui a un curateur ne peut donc rien vendre, mais il peut s'obliger, disposer de ses revenus, acheter des meubles, des pro-

(1) § 2, Inst. I, 23; — L. 5, § 5, D. XXVI, 7; — L. 7, C. 5, 31; — L. 7, § 2, D. IV, 4; — L. 22, C. V, 37; — L. 3, C. V, 74.

(2) C'est à l'égard de ces contrats seuls que le mineur est assimilé au prodigue, à la L. 3, C. II, 22.

visions de bouche, louer une maison, des appartements; il peut dépenser les revenus, même accepter une succession. Mais qu'on le remarque bien, pour les actes qu'il peut poser valablement à lui seul, comme pour ceux qu'il a posés valablement avec le curateur, pour tous actes enfin valides en droit, il a, s'il prouve la lésion, la restitution en entier, qui n'est même donnée que lorsque l'acte est valable en droit, les actes nuls devant être attaqués par voie de nullité. La lésion d'ailleurs doit être le résultat de son inexpérience, et non pas de son dol ou du cas fortuit.

Cela posé, quel est, en droit romain, la nature d'un engagement que le mineur a contracté seul, mais qu'il n'a pu contracter valablement sans l'assistance d'un curateur? Civilement cet engagement est nul, mais naturellement le mineur est généralement capable de donner un consentement, car il a l'intelligence de ce qu'il fait, quoique cette intelligence puisse être incomplète. Il est évident que cet engagement doit avoir au moins les effets de celui qui a été pris par le pupille, par l'impubère. Aussi nous admettons qu'il y a une parfaite analogie et que les textes concernant le pupille sont ici applicables : donc obligation naturelle quant au tiers, mais non quant au mineur lui-même; jamais, même à sa majorité, on ne saurait forcément obtenir l'exécution de pareil engagement ni par compensation ni par droit de rétention; l'engagement ne peut être validé, ratifié, exécuté, que spontanément, volontairement, par le mineur devenu majeur.

26. L'état du prodigue interdit, est un état d'incapacité, où la loi le place dans son propre intérêt, pour le protéger contre le penchant qui l'entraîne à de folles dépenses. Donc, comme le pupille, lorsqu'il contracte, il oblige les autres envers lui, mais ne s'oblige pas lui-même, pas même naturellement. *Is cui bonis interdictum est*, dit la L. 6, D. XLV, 1, *stipulando sibi acquirit, tradere vero vel promittendo obligari non potest*. Mais si le prodigue a cela de commun avec le pupille, qu'ils peuvent l'un et l'autre obliger les autres envers eux, ils diffèrent cependant l'un de l'autre en ce que l'engagement pris par le pupille qui manque seulement d'expérience, qui n'a pas un *plenum iudicium*, est susceptible d'être cautionné et constitue une obligation naturelle, tandis que

celui du prodigue, dont l'esprit est dépravé, n'est pas susceptible d'être cautionné valablement, la raison naturelle aussi bien que la raison civile s'opposant à ce que l'engagement pris par une telle personne puisse avoir quelque effet. En cela le prodigue ressemble au furieux. C'est pourquoi la L. 6, D. XLV, 1, ajoute : *Et ideo nec fidejussor pro eo intervenire potest, sicut nec pro furioso*.

Cependant cette opinion a contre elle le texte de la L. 23, D. XLVI, 1, où il est dit que celui qui s'est porté caution pour un pupille ayant contracté sans l'autorité de son tuteur, ou bien pour un prodigue, ou bien pour un furieux, n'a pas d'exception, c'est-à-dire est réellement obligé, parce qu'il n'a pas, dit la L. 23, l'*actio mandati contraria*. (Il faut supposer ici que le créancier a été de bonne foi, qu'il a cru le pupille pubère, qu'il a ignoré l'état de fureur, l'état d'interdiction, tandis que dans les lois précédentes le créancier, le stipulant, connaissait l'état de son cocontractant).

Cette loi paraît difficile à concilier avec les lois précédentes. Douellus a supposé que dans l'espèce de la L. 23, il s'agissait d'une obligation venant *ex re*, c'est-à-dire indépendante du consentement de la personne obligée, comme d'impenses faites par le communiste. Mais dans ce cas, la caution, si elle n'avait pas l'action *mandati*, aurait certainement l'action *negotiorum contraria* (1). Car celui qui paie une obligation venant *ex re*, une obligation civile ayant pour cause l'*in rem versum*, fait certainement chose utile, et les personnes mêmes qui ne peuvent consentir sont tenues de l'*actio negotiorum* pour autant qu'elles se trouvent enrichies, ce qu'elles sont sans aucun doute lorsque la gestion a pour objet de les libérer d'une dette.

Nous ne parlerons pas d'autres tentatives d'interprétation de cette loi. Il nous semble que celle de Weber, adoptée par Gluck, est la plus conforme au texte et à tous égards la plus satisfaisante. Suivant ces auteurs, la loi 23 se rapporterait à un cas où la caution est intervenue pour garantir non pas seulement la solvabilité du débiteur cautionné, mais précisément pour assurer

(1) L. 3, § 5, D. III, 5.

le créancier contre le défaut de force obligatoire du contrat. Donc en règle générale, et à moins que pareille intention ne résulte des circonstances, ou n'ait été formellement exprimée (1), un engagement consensuel pris par le furieux ou le prodigue n'est pas susceptible d'être valablement cautionné et ne saurait avoir aucun effet : *nequidem negotium gestum est*, dit la L. 70, § 4, D. XLVI, 1.

27. Une autre cause de l'obligation naturelle, consiste dans les contrats et conventions des esclaves et des fils de famille, où la puissance du père et du maître est un obstacle à l'efficacité pleine et entière de l'obligation. L'esclave ne peut civilement prendre aucun engagement contractuel ni envers son maître, ni envers des tiers; pas envers son maître à cause de l'unité de personne, pas envers les tiers, parce qu'il n'a rien à lui, ne s'appartenant pas lui-même, et que partant l'exécution ne saurait être obtenue tant que dure la puissance. Cependant de la promesse de l'esclave faite au maître ou à des tiers naît une obligation naturelle, dont les effets se manifestent déjà en partie pendant l'esclavage, mais complètement à partir de l'affranchissement. Durant l'esclavage elle peut être l'objet du cautionnement ou de l'hypothèque constituée par un tiers; dès l'affranchissement elle peut servir à la novation, à la compensation, et en cas de paiement il n'y a pas de répétition (2).

Il en est de même de l'engagement que le maître aurait pris envers l'esclave, excepté toutefois que cet engagement ne saurait être cautionné tant que dure l'esclavage, car l'esclave ne peut stipuler que pour le maître. La caution s'obligerait en définitive envers le maître, qui serait en même temps débiteur naturel : *Non potest pro eodem et eidem esse obligatus*, dit la Loi 36, D. XLVI, 1.

28. L'obligation naturelle résultant de l'engagement contractuel de l'esclave, diffère donc de celle résultant de l'engagement contractuel du pupille, en ce que la première (après l'affranchissement) donne lieu à la compensation, au droit de rétention, tandis

(1) Dans la jurisprudence de Bretagne on la présumait. TOULLIER, VI, n° 293.

(2) L. 14, D. XLIV, 7; — L. 38, L. 64, D. XII, 6. — PAULI, *Sent.*, Lib. II, Tit. 13, § 9.

que celle du pupille, alors même qu'il est sorti de tutelle, ne saurait avoir quelque effet sans son consentement, sans qu'à l'état de puberté il l'ait ratifiée, ou sans qu'il l'ait payée étant pubère; différence qui résulte nécessairement de ce que l'imperfection de l'obligation du pupille a sa cause dans un défaut de volonté, que la volonté seule lorsqu'elle est censée être à l'état de maturité, peut faire disparaître. Sous ce rapport l'obligation du pupille est donc moins efficace. Mais d'un autre côté, nous avons vu que la promesse du pupille peut opérer novation, soit qu'elle éteigne sa dette ou la dette d'un tiers, comme le décide le § 3 Inst. III, 30; la promesse de l'esclave ne peut pas libérer un tiers, dit ce même § 3. Le motif en est que lorsque la novation a pour effet de libérer un premier débiteur, il y a réellement substitution d'une personne à l'autre. Or, bien que la promesse de l'esclave produise une obligation naturelle tout aussi bien que celle du pupille, cependant elle ne peut pas dans l'espèce du § 1 Inst., opérer novation, parce que l'esclave n'a pas de personne, et que partant, comme le dit Théophile sur ce §, il n'y a pas substitution d'une personne à l'autre.

29. Le fils de famille peut civilement, s'il est pubère, s'obliger envers les tiers, car comme pubère il est civilement capable; mais il ne peut, à cause de l'unité de personne, s'obliger civilement, ni envers son père ni envers ceux qui sont sous la même puissance. Le père ne peut, par le même motif, s'obliger envers le fils. Mais l'engagement pris par le fils produirait une obligation naturelle, avant les effets de celle qui résulte de l'engagement de l'esclave pris envers le maître; et réciproquement, l'engagement pris par le père envers le fils aurait des effets identiques à la promesse faite par le maître à l'esclave. Elle ne saurait donc non plus être cautionnée tant que dure la puissance paternelle, *nam non potest pro eodem et eidem obligatus esse*.

Ce que nous venons de dire souffre exception lorsque le fils a un *peculium militare*. Alors il peut à concurrence de ce pécule, civilement s'obliger envers le père, car à l'égard de ce pécule il est *pater familias*.

30. Une autre cause de l'obligation naturelle est le lien de l'affec-

tion ou de la reconnaissance, la *pietatis causa* comme dit la Loi 52, § 2, D. XII, 6. Ce lien, dans un cas spécial, empêche qu'il n'y ait lieu à répétition de ce qui a été payé indûment et par erreur. Si la mère qui s'est crue obligée de doter sa fille lui a donné une dot, elle ne pourra pas la répéter par la *condictio indebiti*, dit la L. 32, en ajoutant que si l'on reconnaît que ce paiement n'a pas de cause civile (1), il reste cependant une cause d'affection, c'est-à-dire de pitié, qui empêche la répétition : *Sublatâ enim falsâ opinione relinquitur pietatis causa*. — L'obligation civile de placer les enfants, de les doter, incombe à ceux qui exercent la puissance. Mais l'obligation naturelle de les placer incombe aux parents, abstraction faite du lien de puissance.

Il en est de même de l'affranchi, qui a fait des prestations offi- cieuses à son patron parce qu'il s'y croyait obligé. La loi 26, § 4, D. XII, 6, dit qu'il n'a de ce chef aucune action, car alors même qu'il ne doit pas ces prestations civilement, l'affranchissement est un si grand bienfait que la nature en quelque sorte lui en impose le devoir (2).

31. Des auteurs voient encore une cause d'obligation naturelle dans l'obligation à terme, parce qu'une telle obligation acquittée avant terme, fût-ce par erreur, ne donne pas lieu à répétition; mais cette extension de la notion de l'obligation naturelle à l'obligation *in diem* est tout-à-fait abusive; elle provient de ce que, sans remonter à l'idée principale de l'obligation naturelle, on a qualifié ainsi toute cause qui empêche la répétition. Or, dans l'obligation à terme, cet effet découle d'une cause autre que dans l'obligation naturelle. Il est vrai que *civiliter* on ne devait pas avant terme, mais il est certain aussi que *civiliter* on doit à l'échéance. Donc le créancier ne s'enrichira pas *cum injuriâ alterius*, et par conséquent il n'y a pas lieu à répétition, car le débiteur n'en est pas moins civilement et naturellement obligé; le paiement seul est différé par le terme.

(1) En effet l'obligation de doter les enfants n'incombe civilement qu'au père, à son défaut au grand-père, et non pas à la mère, *nisi ex magnâ et probabili causâ*, L. 14, C. V, 12; L. ult. C. V, 11.

(2) DONELLUS, *Comm. jur. civ.*, Liv. 12, c. 2.

32. Enfin parmi les causes de l'obligation naturelle, il faut compter l'obligation *civiliter reprobata*, celle que le droit civil improuve, mais que le droit naturel maintient. Selon nous il n'y a qu'une seule obligation naturelle de cette espèce, c'est celle que laisse subsister le SC^{te} Macédonien, car nous verrons tantôt que ni la prescription, ni le jugement absoluire qui renvoie injustement le défendeur des fins de la demande, ne laissent subsister une obligation qui puisse produire quelque effet en droit civil.

D'après le but du SC^{te} Macédonien, l'action du créancier s'arrête devant le fils et devant le père, au cas où elle aurait été dirigée contre lui du chef du pécule; elle demeure paralysée par l'exception non seulement tant que dure la puissance, mais encore lorsqu'elle a cessé. Toutefois le SC^{te} n'est qu'un moyen de repousser l'action, il n'a pas d'autre but. Le cautionnement donné pour l'emprunt est valable en principe, toutes les fois que la caution n'a pas de recours contre le fils ou contre le père. La caution qui intervient *donandi animo*, qui renonce à tout recours contre le fils de famille est donc obligée, et ne peut pas se prévaloir de l'exception. Mais si la caution ne renonce pas au recours, elle est bien obligée civilement, mais elle pourra se prévaloir de l'exception du débiteur principal; car si elle ne le pouvait, le SC^{te} pourrait être éludé, et le fils de famille pourrait être forcé de restituer le prêt, sinon directement par le créancier, *ex mutuo*, du moins indirectement par l'action *ex mandato*. A moins donc qu'il n'y ait eu *donandi animus*, le cautionnement et l'hypothèque n'auront pas plus d'efficacité que le prêt lui-même (1).

Quant à la ratification du père, elle donne à l'obligation toute son efficacité, comme si le père avait consenti dès le principe. Celle du fils, tant qu'il est sous puissance, demeure sans effet. Le paiement que le fils aurait fait, bien qu'il ne puisse être attaqué par lui-même, peut cependant l'être par le père (2). Enfin si le fils est sorti de puissance, il peut ratifier, constituer hypothèque, et s'il paie il n'y a pas lieu à la *condictio indebiti* de la part de qui

(1) L. 9, § 3, D. XIV, 6.

(2) V. L. 3, § 2, et L. 19, D. XIV, 6.

que ce soit; mais l'obligation ne saurait produire aucun effet malgré lui, on ne saurait ni le contraindre à payer, ni lui opposer la compensation, ni exercer le droit de rétention.

33. La prescription doit-elle être comptée parmi les causes de l'obligation naturelle?

Cette question est vivement controversée; elle divise depuis des siècles les commentateurs du droit romain, comme elle continue de diviser de nos jours ceux qui l'examinent exclusivement au point de vue des lois françaises. Parmi les anciens, Averanius et Pothier prétendent que la prescription laisse subsister une obligation, qu'elle n'éteint que l'action, et non le droit même, opinion qui est adoptée, parmi les modernes, par Weber, Guyet, Francke, Unterholzner, Mackeldey, en Allemagne; et par Merlin, Dalloz, Delvincourt, et Duranton, en France. D'autre part, parmi les anciens qui se sont prononcés pour l'extinction complète de l'obligation, nous nommerons Donellus, et son opinion a été suivie par les jurisconsultes allemands : De Loehr, Vermehren, Buechel, Buecholtz; et en France par Dunod, Henrion de Pansey et Troplong.

Nous allons résumer, dans leurs chefs principaux, les arguments qui ont été mis en avant par les jurisconsultes qui soutiennent la première opinion.

1° On invoque la règle que tout droit qui fait naître une action engendre à plus forte raison une exception : *Cui damus actiones, eidem et exceptionem competere, multo magis quis dixerit*. On en rapproche cette autre règle que les exceptions sont imprescriptibles, et l'on en conclut que la prescription n'atteint que l'action, qu'elle laisse subsister l'exception, c'est-à-dire une obligation naturelle (1). Mais abstraction faite de cet argument, auquel des auteurs ont fait le reproche de n'être qu'une pétition de principes, on poursuit, et l'on dit :

2° La prescription n'opère que par forme d'exception. Or, dit-on, s'il est vrai que la prescription est une exception perpétuelle, une exception qui peut être opposée non seulement *in limine litis*,

(1) L. 136, D. L, 17; — L. 3, § 6, D. XLIV, 4.

mais en tout état de cause, jusqu'au jugement définitif; s'il est vrai encore que les exceptions perpétuelles opposées à un droit, le font entièrement évanouir, cet effet cependant ne se rencontre que dans celles des exceptions perpétuelles qui sont fondées sur l'équité (1), nullement dans celles qui sont introduites seulement *in odium creditoris*, et qui laissent le débiteur naturellement obligé. Il en est ainsi de l'exception du SC^{te} Macédonien. Il doit en être de même, dit-on, de l'*exceptio* ou *prescriptio temporis*, puisqu'il résulte de plusieurs constitutions du Code, que cette exception est introduite plutôt *in odium creditoris*, pour punir le créancier négligent, que pour accorder au débiteur une protection fondée sur l'équité (2).

3^o On invoque l'analogie de la prescription de la propriété (3), et l'on dit : La L. 8, § 1, C. VII, 59, dispose en termes formels que le possesseur dont la possession a été viciée dans le principe, eût-il possédé trente ans, resterait sans droit et sans action, si après les trente années le véritable propriétaire ou son ayant-droit était rentré dans sa possession sans violence; que de plus, en pareil cas, si l'on supposait qu'après une telle possession de trente ans, un tiers commençât une possession nouvelle, ce tiers devrait souffrir l'éviction, par le motif que la possession de mauvaise foi, quoique trentenaire, n'a rien changé à la propriété et que ce nouveau possesseur se trouverait sans défense vis-à-vis du propriétaire. De là cette conséquence que la possession de mauvaise foi n'éteint que l'action contre le possesseur qui a possédé trente ans, mais ne porte aucune atteinte au droit de propriété même. Or l'analogie exige, dit-on, qu'il en soit de même en matière d'obligations, que là aussi la prescription n'ait pour effet que d'éteindre l'action, non pas le droit même.

4^o Enfin, on invoque des textes. On cite d'abord la L. 2, C. VIII, 31, un rescrit de l'empereur Gordien, qui est ainsi conçu : *Intel-*

(1) *Desinit debitor esse qui nactus est exceptionem justam NEC AB ÆQUITATE NATURALI ABHORRENTEM* (L. 66, D. L, 17).

(2) L. 3, C. VII, 39; — L. 3, *in fine*, C. VII, 40.

(3) GUYET, *Archiv für die civilistische Praxis*, XI, 89.

ligere debes vincula pignoris durare personali actione submoti : l'hypothèque reste alors que l'action personnelle est prescrite (il faut ici se rappeler que l'action hypothécaire ne se prescrit que par quarante ans quand elle s'intente contre le débiteur). Or, dit-on, point d'hypothèque sans obligation principale; donc, d'après le texte cité, il faut que la prescription ait au moins laissé subsister une obligation naturelle.

54. Ces arguments, que nous avons tâché de reproduire dans toute leur force, paraissent concluants. Cependant ils ne le sont pas. Nous ne dissimulons pas qu'à cause de la L. 2, C. VIII, 31, nous avons longtemps hésité, mais nous apportons ici la conviction que la prescription ne laisse plus rien subsister de l'obligation, qu'elle éteint tout le droit, et qu'aucun des effets de l'obligation naturelle ne saurait plus se manifester. C'est ce que nous démontrerons par des textes irréfragables, après que nous aurons discuté les arguments produits en faveur de l'opinion contraire.

D'abord, a-t-on dit, celui qui a une action a, à plus forte raison, une exception; or l'exception ne se prescrit pas, donc la prescription n'éteint pas le droit même : *quae ad agendum temporalia, ad excipiendum perpetua sunt*. — Les commentateurs ont exprimé la non-prescriptibilité de l'exception par ce brocard, dont il faut se défier comme de tout brocard, parce qu'il peut donner lieu à beaucoup de méprises.

Ces deux propositions sur lesquelles on fonde la conclusion que la prescription n'éteint pas le droit même et laisse subsister une obligation naturelle, se rapportent à des cas différents, et d'autre part la première est susceptible d'une distinction; nous ne saurions donc accepter la conséquence. Il faut avant tout, pour comprendre jusqu'à quel point il est juste de dire que celui qui a une action a aussi une exception, distinguer deux cas : ou bien il s'agit de la poursuite d'un droit, d'une prétention, soit sur une chose soit sur une prestation quelconque, ou bien il s'agit de se défendre contre une semblable prétention : en deux mots, il s'agit d'une prétention ou d'une défense. Or, d'après le contexte de la L. 136, D. L, 17, les mots « *cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis convenit* » ne se rapportent qu'à la seconde

hypothèse, où il s'agit de se défendre contre une prétention, contre un acte dont on veut détourner les conséquences. En effet, à la loi citée, ces mots sont immédiatement précédés de ceux-ci : *Invitus nemo rem cogitur defendere*. Or, dans cette hypothèse il est vrai de dire que l'on est en position de recourir à l'action et à l'exception; la L. 9, § 5, D. IV, 2, nous en fournit un exemple : Une promesse écrite a été extorquée avec violence, dit Ulpien; le promettant pourra agir afin de se faire restituer en entier; il pourra aussi attendre l'action et opposer l'exception. Ici l'on peut dire : *quae ad agendum temporalia, ad excipiendum perpetua sunt*. Mais peut-on en conclure que la prescription laisse subsister une obligation naturelle? Cette conclusion serait réellement incompréhensible. En effet, il ne s'agit pas, dans la loi qu'on invoque, d'une prétention, d'un droit, mais bien d'une simple défense. Il serait donc absurde de dire que la prétention ou le droit dont l'action aurait été prescrite, laisse subsister une obligation naturelle.

Venons à la seconde hypothèse, celle où il s'agit d'une prétention, d'un droit à faire valoir. Quel peut être ici le sens de cette règle : *Cui damus actiones, eidam et exceptionem competere*, règle que la L. 156, D. L, 17, n'a du reste énoncée qu'au sujet d'une défense? En résulte-t-il que l'action étant prescrite, l'exception reste? Pour que cela pût en résulter, il faudrait que celui qui a un droit fût dans le cas de pouvoir se servir à la fois d'une action et d'une exception. Or, c'est ce que nous croyons impossible. Ou celui qui a une prétention légitime est dans le cas d'agir et alors il ne peut pas exciper, ou il est dans le cas d'exciper et alors il ne peut pas agir : *possidenti non competit actio, sed exceptio*, dit un autre brocard. Et quand même on pourrait imaginer une exception à ce dilemme, toujours serait-il qu'en thèse générale on ne serait pas fondé à dire que celui qui a un droit, une prétention à faire valoir, peut recourir à la fois à l'action et à l'exception; donc déjà par ce motif on ne peut pas dire non plus que l'action étant éteinte, l'exception demeure.

Passons au second argument. La prescription, dit-on, n'opère que par forme d'exception; elle doit être proposée, elle ne saurait être appliquée d'office par le juge. Cela est vrai; mais de l'aveu de

tout le monde, cette exception est perpétuelle; donc par ce motif elle détruit entièrement le droit auquel elle est opposée. *Nihil interest ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem inferretur* (1). Pareille créance, à laquelle on peut opposer cette exception perpétuelle, ne peut pas être alléguée par forme de compensation (2), ne peut servir de cause à une obligation accessoire (3). Par ce motif, il est dit que celui qui a une pareille exception cesse d'être débiteur (4); et il peut répéter ce qu'il a payé, à moins qu'il n'ait payé sachant qu'il pouvait se prévaloir de l'exception, sachant qu'il ne devait pas (5). Ce n'est que dans certains cas que celui qui a une exception perpétuelle demeure naturellement obligé, ce qui a lieu, dit la L. 40, D. XII, 6, lorsque, comme dans le cas d'un prêt fait à un fils de famille, l'exception est introduite *in odium creditoris* et non *propter aequitatem, in favorem debitoris*.

Tenons donc pour constant que le cas où l'exception perpétuelle ne détruit pas toute l'obligation, est un cas exceptionnel, et doit par conséquent être rigoureusement démontré. Donc ceux qui soutiennent que l'exception de la prescription est de telle espèce qu'elle est introduite *in odium creditoris*, doivent fournir cette preuve. Or, cette preuve l'ont-ils fournie? On a dit que le motif de la prescription des actions consiste dans la négligence des créanciers, et que la loi veut punir cette négligence. Que le législateur ait eu égard à l'inertie du créancier, c'est ce que nous ne contesterons pas (6), mais que le législateur ait eu pour but de punir cette négligence, c'est ce que nos textes ne disent pas, c'est ce que nous contestons. Le motif et le but de la prescription des obligations ne sont autres que ceux de la prescription en général, à savoir l'utilité publique, qui exige que les contestations aient un terme, qu'il y ait un moment où cesse l'incertitude des droits (7). Il est vrai

(1) L. 112, D. L, 17.

(2) L. 14, D. XVI, 2.

(3) L. 2, D. XX, 3; — L. 3, § 1, D. XIII, 5.

(4) L. 66, D. L, 17.

(5) L. 26, § 3 et § 7; — L. 40, D. XII, 6.

(6) De là les mots *desides* et *otiosi*, aux L. 3, C. VII, 40, et 3, C. VII, 39.

(7) L. 5, D. XLI, 10; — L. 2, D. XXXIX, 3; — GAUJUS, II, § 4.

que ces textes cités ne se rapportent qu'à l'usucapion, mais les empereurs et Justinien lui-même appliquent le même motif à la prescription des obligations. *Quis ferat institui iurgia quae avi ac proavi nescierunt*, dit Valentinien; puis rappelant la constitution de Théodose, qui a introduit la prescription des actions perpétuelles : *Ad quam benevolentiam nos hortata est lex domini patris Theodosii.... qua humano generi profundâ quiete prospexit constituens post 30 annos nulla penitus iurgia quae medio tempore mota non fuerunt, excitari*. — Le même motif se trouve exprimé par Justinien à la nov. CXI; par Anastase à la L. 4, C. VII, 39; par Justin à la L. 7, C. eod. Enfin il résulte des lois 4, 6 et 8, § 1, C. VII, 39, que la prescription est accordée au défendeur comme une sécurité, *auxilium, praesidium*. La loi 4 porte que le défendeur doit être *liber et praesentis saluberrimae legis plenissima munitione securus*. — Tous ces textes prouvent que la prescription n'est pas introduite, comme on le prétend, *in odium creditoris*, qu'elle repose sur des motifs d'ordre et de sécurité; que le législateur, pour justifier la déchéance du droit, s'est arrêté à la protection due au défendeur contre des prétentions chicanières, aussi bien qu'à la négligence du créancier.

Il suit de là que l'*exceptio* ou *praescriptio temporis*, puisqu'elle est perpétuelle, doit comme toute exception perpétuelle, faire tomber et l'action et le droit même. Aussi cela est-il dit en toutes lettres dans plusieurs des lois au Code, déjà citées.

Un troisième argument par lequel on a prétendu prouver que la prescription ne donne qu'une exception contre l'action, sans éteindre le droit sur lequel celle-ci est fondée, c'est-à-dire sans éteindre l'obligation naturelle, est l'argument tiré de la L. 8, § 1, C. VII, 39, qui déclare le propriétaire déchu seulement du droit d'action et non du droit de propriété par l'effet d'une possession trentenaire, dont le principe est exempt de mauvaise foi. D'où l'on conclut que l'analogie exige qu'il en soit de même en matière d'obligation.

Mais si cette disposition devait s'appliquer par analogie, il faudrait distinguer aussi le cas où le débiteur aurait été de bonne foi de celui où il aurait été de mauvaise foi. Or, comment prouver la

mauvaise foi d'un débiteur? Le débiteur sera-t-il de mauvaise foi, par cela seul qu'il n'a pas payé? Mais il pouvait croire qu'il ne devait pas, il pouvait ignorer une dette, contractée peut-être par son auteur. Quelles difficultés on soulève du moment qu'on fait dépendre la question, de la preuve de la mauvaise foi du débiteur! La prescription qui doit mettre un terme aux procès et aux incertitudes deviendrait bientôt une source intarissable de procès. Aussi nulle trace dans les lois d'une pareille distinction. Une dette se prescrit par cela seul que le créancier n'exige pas son droit, et que le débiteur ne pose aucun acte par lequel il le reconnaisse. S'il était permis de raisonner ici par analogie, ce ne serait pas la prescription de la propriété qu'on devrait citer, mais celle des servitudes discontinues, dont l'exercice exige quelque fait de la part du propriétaire du fonds dominant, et dont le droit s'éteint par le seul non usage, sans qu'aucune autre condition soit requise. L'analogie ne prouve donc rien pour l'existence de l'obligation naturelle.

53. Le quatrième argument est tiré de la L. 2, C. VIII, 34 : *Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione etiam submotâ*. Il ne faut pas ici perdre de vue que l'hypothèque ne se prescrit que par quarante ans quand elle s'intente contre le débiteur (1). Or, dit-on, point d'hypothèque sans obligation principale; donc, puisque l'hypothèque reste, il faut qu'au moins l'obligation naturelle subsiste encore après l'extinction de l'action principale.

Cujas, qui a enseigné aussi que la prescription ne laisse pas même subsister d'obligation naturelle, a expliqué cette loi par le principe que l'hypothèque existe entière pour le tout et pour chaque partie de la dette. En vain, dit-il, l'un des héritiers du débiteur a-t-il payé, en vain l'action personnelle contre lui est-elle éteinte, l'hypothèque ne frappera pas moins toute la chose hypothéquée. Tel serait d'après lui le sens de ce rescrit, que les mots *actione personali submotâ* n'auraient pas trait à la prescription.

Mais nous allons plus loin, nous ferons la concession que les

(1) L. 3, L. 7, C. VII, 37.

mots *actioe personali submotâ* se rapportent à la prescription, et nous démontrerons que l'on ne peut cependant conclure de cette loi que la prescription laisse subsister la créance comme obligation naturelle. Un examen attentif des dispositions de l'édit prétorien peut seul donner le véritable sens de la Loi 2, C. VII, 31.

L'édit du préteur, en ce qui concerne le droit d'hypothèque, déroge à la règle que l'extinction du droit principal entraîne l'extinction du droit accessoire (1). En effet, l'hypothèque ne peut s'éteindre que lorsque le créancier a été payé, ou que par son fait il a implicitement ou explicitement renoncé au paiement; en un mot, le créancier doit être payé ou satisfait pour que le débiteur puisse redemander le gage : *Omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum ut nascatur pignoratitia actio* (2).

En application de cette règle, nous voyons dans les textes que tous les modes d'éteindre une obligation qui requièrent le consentement ou l'intervention volontaire du créancier, éteignent aussi l'hypothèque; et que tous les modes d'éteindre une obligation sans le concours du créancier, la laissent au contraire subsister. La novation requérant le consentement du créancier, la renonciation, le serment déféré par le créancier et prêté par le débiteur, éteignent l'hypothèque, avec l'obligation principale (3). Au contraire, la novation nécessaire opérée par la *litis contestatio*, laisse subsister l'hypothèque, tandis que les autres obligations accessoires, le cautionnement, par exemple, sont éteintes; d'où la règle : *Plus est cautionis in re quam in persona* (4). L'héritier fiduciaire, en même temps créancier hypothécaire de la succession, lorsqu'il a accepté celle-ci *jussu praetoris* (forcément), afin de la transmettre au fidéicommissaire, conserve son droit d'hypothèque. La L. 39, D. XXXVI, 1, dit, qu'à l'égard de l'hypothèque, le fiduciaire n'a pas besoin d'être restitué en entier, par le motif que la confusion survenue après une acceptation qui n'était pas volontaire, n'a pas

(1) L. 129 et L. 178, D. L, 18.

(2) L. 9, § 3, D. XIII, 7; — L. 3, C. VIII, 31; — L. 19, C. IV, 32.

(3) L. 11, § 1, D. XIII, 7; — § 3, Inst. II, 20; — L. 13, D. XX, 6.

(4) L. 25, D. L, 17; — L. 13, § 4, D. XX, 6; — PAVLI, *Sent.*, II, Tit. 17, § 15.

éteint son droit, lequel ne peut s'éteindre d'après l'édit que par la *solutio* ou la *satisfactio*. Cette loi 59 nous révèle entièrement le sens de la L. 2, C. VIII, 31. Si l'on pouvait conclure de cette dernière que la prescription laissât subsister une obligation naturelle, ou serait tout aussi fondé à en dire autant de la confusion. Mais la Loi 59 montre combien la conclusion est fautive, car si l'on dit : « L'action personnelle est éteinte par la prescription ou la confusion, et cependant l'hypothèque subsiste, donc la prescription et l'hypothèque laissent subsister l'obligation naturelle; » la Loi 59 nous répond que si l'obligation naturelle subsiste, c'est à cause de l'hypothèque; que ce n'est donc pas parce que la confusion, ou la prescription, n'éteindrait que le fondement civil de l'obligation, mais bien parce que l'hypothèque ne peut s'éteindre ni par confusion, ni par prescription : *Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio*, dit la L. 59. Or, si l'obligation naturelle demeure *propter pignus*, il est évident que s'il n'y a pas de *pignus*, il ne reste rien de l'obligation éteinte, soit par la confusion, soit par la prescription.

Donc aussi on ne saurait conclure de la L. 2, C. VIII, 31, que la prescription laisse subsister une obligation naturelle, conclusion que repousseraient d'ailleurs d'autres lois qu'il nous reste à examiner.

56. Nous lisons à la Loi 57, D. XLVI, 1 : *Si quis postquam tempore transacto liberatus est, fidejussorem dederit, non tenetur quoniam erroris fidejussio nulla est*. Ma dette était éteinte par prescription; ignorant qu'elle le fût, j'ai constitué un cautionnement : ce cautionnement est nul, dit la L. 57. — Pourrait-il en être ainsi si la prescription avait laissé subsister une obligation naturelle? Évidemment non, car l'obligation naturelle peut être aussi valablement cautionnée que l'obligation civile; et vainement prétendrais-je avoir ignoré que je ne fusse plus débiteur civilement : le créancier répondrait que l'obligation naturelle demeure, et que celle-ci est susceptible de cautionnement tout aussi bien que l'obligation civile.

On a voulu affaiblir l'autorité de ce texte, en disant que la cause de la nullité du cautionnement était dans l'erreur du débiteur et

non pas dans le défaut absolu d'une obligation principale qui pût servir de cause au cautionnement (1). Mais à côté de la non existence de l'obligation naturelle, l'erreur devait se rencontrer comme seconde condition, car si la prescription ne laisse pas subsister d'obligation naturelle, il est cependant vrai de dire qu'elle n'opère que par forme d'exception. Or, que ferait un débiteur qui sciemment cautionnerait une dette prescrite? Il est évident que, implicitement, il renoncerait à l'exception de la prescription; et tel est le motif pour lequel Paul mentionne l'erreur, disant qu'il n'y a pas de cautionnement quand il y a erreur : *erroris fidejussio nulla est*, c'est-à-dire, en entendant ici ce mot *pro subjecta materia*, qu'il n'y a pas de cautionnement lorsqu'on croit qu'une dette qui est éteinte par la prescription, ne l'est pas. Vainement la dette serait-elle prescrite, si on le savait et qu'on donnât caution; car alors on serait censé renoncer à l'exception de la prescription, et le cautionnement serait valable.

Cette loi n'admet pas d'autre interprétation que celle que nous venons de donner, et si la dette prescrite ne peut être cautionnée à moins que le cautionnement donné sciemment n'implique renonciation à la prescription, il est évident que la prescription n'a pas laissé subsister d'obligation naturelle, sans quoi le cautionnement devrait être valable dans tous les cas, qu'on ait eu connaissance de la prescription ou non, qu'il y ait eu erreur ou non.

La même preuve ressort encore de la L. 23, § 1, D. XLVI, 8. Un débiteur qui est sur le point de prescrire sa dette, paie à un tiers et engage ce tiers, par une stipulation, à faire ratifier le paiement par le créancier, et à lui faire obtenir de la sorte la libération. Ce paiement est fait avant que la prescription soit accomplie, mais la ratification du créancier n'intervient qu'après la prescription de la dette. Que décide la loi 23? Que ce débiteur pourra intenter l'*actio ex stipulatu* contre le tiers, à l'effet de se faire restituer la somme, parce que ayant été libéré avant la ratification au moyen de la prescription, le tiers, le *procurator*, n'a pu le libérer par la ratification, comme il l'avait promis. Le mandat est devenu

(1) WEBER, *De l'oblig. natur.* (en all.), p. 397.

sans objet, il y a lieu à répétition par la *condictio sine causâ*.

Ainsi il résulte de la L. 37, D. XLVI, 4, que l'obligation prescrite ne peut être l'objet d'un cautionnement, il résulte de la L. 23, § 1, D. XLVI, 8, que l'obligation qui a été payée lorsqu'elle était prescrite, donne lieu à une action en répétition; donc après la prescription, il n'existe plus de dette naturelle, sans quoi le cautionnement aurait dû être valable, sans quoi le paiement après prescription ne devrait pas donner lieu à répétition. A cela nous pourrions ajouter qu'il résulte aussi des L. 23, § 2, D. V, 2, et 18, § 1, D. XIII, 3, que la prescription de l'*actio temporalis* dans l'ancien droit, a pleinement éteint toute l'obligation.

37. Les conséquences de notre opinion sont :

1° Que la dette prescrite, payée par ignorance, peut être répétée. Si elle avait été payée sciemment, n'importe pour quel motif, soit dans une intention libérale, soit par scrupule de conscience, il n'y aurait pas lieu à répétition; *cujus per errorem dati repetitio, ejus consulti dati donatio est*.

2° La dette prescrite ne peut être l'objet d'un cautionnement. Le cautionnement avant la prescription serait une reconnaissance implicite de la dette, et par conséquent un acte interruptif de la prescription. Le cautionnement après la prescription serait un acte nul, à moins qu'il n'ait été fait sciemment, à moins que le débiteur qui a donné caution n'ait su que sa dette était prescrite. Par le même motif la dette prescrite ne peut être l'objet d'une hypothèque ou d'un constitut, quoique l'hypothèque et le constitut puissent, comme nous l'avons dit plus haut, durer après la prescription de l'action principale (1).

3° En matière de délégation, le délégué peut opposer au délégataire les exceptions du délégant et par conséquent aussi l'exception de la prescription, laquelle comme exception péremptoire infirme toute l'obligation (2).

4° La dette prescrite ne saurait être opposée en compensation.

38. Le jugement absoluire rendu au profit d'un *verus debitor*

(1) L. 18, § 1, D. XIII, 3; — L. 2, C. VIII, 31.

(2) L. 2, § 4, D. XXXIX, 5; — L. 7, § 1, D. XLIV, 4.

laisse-t-il subsister une obligation naturelle? C'est encore une question sur laquelle les opinions sont extrêmement partagées. Il y a des auteurs qui nient l'existence d'une obligation naturelle, tout en reconnaissant que le paiement qui aurait été fait avant le jugement ne pourrait être répété; ils soutiennent qu'on ne peut tirer d'autre conclusion des Lois 60, § 1, D. XII, 6, et 8, § 1, D. XLVI, 8, où d'ailleurs les mots *naturaliter debet*, *debitum naturale*, ne seraient pas employés dans leur sens juridique, mais désigneraient simplement un devoir de conscience (1).

Pour contester tout autre effet à cette obligation, ils invoquent 1^o la L. 13, D. XX, 6, loi d'après laquelle le jugement absolu-toire, alors même que le *debitor* serait *verus*, éteint l'hypothèque et ne peut donc pas laisser une obligation naturelle; et 2^o les textes sur l'autorité de la chose jugée, desquels il résulte qu'après qu'une affaire a été décidée par jugement ou serment, la contestation ne peut se reproduire, la chose jugée ayant pour elle une pré-somption *juris et de jure*, qui n'admet que dans un seul cas la preuve du contraire (2). D'où il suit que le droit positif ne saurait reconnaître ni parfaitement ni imparfaitement un état de choses contraire à celui établi par la chose jugée (3). On corrobore encore cet argument en disant que le débiteur qui s'est libéré par le serment qui lui a été déféré, a la *condictio indebiti* s'il y a payé par erreur (4); que par conséquent, comme le serment est assimilé à la chose jugée (5), il doit en être de même du débiteur qui a été renvoyé par un jugement absolu-toire, et qu'effectivement la L. 28, D. XII, 6, ne refuse la *condictio indebiti* au *verus debitor*, renvoyé par jugement, que lorsqu'il a payé *suâ sponte*, sciemment et volontairement, c'est-à-dire lorsqu'il a implicitement renoncé à l'exception de la chose jugée; d'où la conséquence par argument

(1) V. VANGEROW, I, p. 204, et BUCHEL, *Civilr. Erörterungen*, II, 105.

(2) L. 56, D. XLII, 1; — L. 4, C. VII, 52; — L. 31, D. XII, 2.

(3) L. 25, D. I, 5.

(4) L. 43, D. XII, 6.

(5) L. 58, D. XLII, 1, et 13, D. XX, 6.

à *contrario*, qu'il peut aussi répéter lorsqu'il a payé par erreur (1).

D'autres auteurs se fondant sur les Lois 60, § 1, D. XII, 6, et 8, § 1, D. XLVI, 8, admettent que le jugement absolutoire laisse le *verus debitor* naturellement obligé. Cependant ils ne sont pas d'accord sur les effets de cette obligation naturelle. Krug enseigne que cette obligation ne se manifeste qu'en ce que, ayant été acquittée, elle ne donne lieu à la *condictio indebiti*, sans que pourtant elle puisse être opposée par forme de compensation, à cause de la L. 2, C. IV, 31 (2). D'un autre côté, à cause de la L. 13, D. XX, 6, on est d'accord pour admettre aussi que le jugement absolutoire du *verus debitor* libère le *pignus*; que par conséquent l'*exceptio rei judicatae* peut être opposée par le possesseur du gage; enfin on s'accorde encore à attribuer la même exception à la caution (3). L'intelligence des textes sur lesquels cette opinion repose étant assez difficile, nous en ferons l'analyse avant de donner une solution.

L. 60, D. XII, 6. — Un débiteur qui doit réellement (*verus debitor*) paie pendant l'instance qui est dirigée contre lui, aura-t-il la *condictio indebiti*? Il ne l'aura ni avant le jugement, ni après. Il ne l'aura pas avant le jugement, dit Paul, par le motif qu'il ne l'aurait après le jugement, ni en cas d'absolution, ni en cas de condamnation. En effet, supposé même que ce débiteur soit absous, il reste naturellement débiteur, *naturâ tamen debitor permanet*. Sa position sera donc semblable à celle d'un individu qui a promis sous cette alternative, *sive navis ex Asia venerit, sive non venerit*. Quoi qu'il advienne, il sera débiteur, donc il ne pourra répéter.

L. 8, § 1, D. XLVI, 8. — Quelqu'un reçoit du débiteur le paiement d'une somme, en promettant de le faire libérer par la ratification du créancier. Celui-ci, ignorant ce paiement, poursuit le débiteur et succombe dans son action. Quel sera le sort du

(1) Cette opinion a été récemment défendue par BUCHEL, l. c., et VAN DER PRORSTEN, et parmi les anciens, par DONELLUS, *Comm. juris civilis*; VOLT, *ad Pand.*, L. XII, Tit. 6, n° 4, et COCCREJUS, L. XII, t. 6, § 11.

(2) A.-O. KRUG, *Die Lehre von der Compensation*, p. 116.

(3) V. FEIN, *Archiv f. civ. Pr.*, t. 28.

paiement fait au tiers? *Committi stipulationem*, dit la loi, c'est-à-dire, la peine promise pour le cas où la ratification n'interviendrait pas, est encourue. La ratification promise par ce tiers n'est pas intervenue; le créancier loin de ratifier, a improuvé le paiement, car il ne pouvait pas l'improver plus formellement qu'en poursuivant lui-même ce paiement contre le débiteur. Le débiteur renvoyé de cette poursuite intentera donc contre le tiers gérant qui a reçu le paiement l'*actio ex stipulatu*. *Ipsa jure* cette action est fondée, parce que le *dominus negotii*, au lieu de ratifier le paiement, l'a poursuivi lui-même; *ipso jure* aussi, le gérant, s'il avait remis l'argent au créancier, au *dominus*, aurait la *condictio* contre le *dominus*, la *condictio indebiti*; car le *dominus* ayant désapprouvé la gestion et géré lui-même, le gérant ne devait rien du chef de cette gestion; donc en remettant l'argent au créancier, il a payé un *indebitum*. Cependant on peut dire, ajoute Venulejus, *dici potest*, que le maître, s'il vient défendre ce gérant contre l'*actio ex stipulatu* du débiteur, pourra opposer au débiteur l'*exceptio doli*, fondée sur ce qu'un *debitum naturale* est demeuré.

En présence de ces textes, il est impossible de ne pas admettre que le jugement absoluire laisse subsister une obligation naturelle; mais en quel sens? Il est à remarquer d'abord que, si ces lois déniaient la *condictio indebiti*, il ne s'agit cependant dans l'espèce que d'un paiement fait avant le jugement absoluire. En serait-il de même si le paiement avait été fait par le *verus debitor*, après que le jugement absoluire fût intervenu. C'est là la question qu'aucune loi ne décide formellement et que les arguments tirés de la force de la chose jugée, l'analogie avec le serment, et la L. 13, D. XX, 6, doivent nous faire décider d'une manière négative. Par conséquent, dans ce cas la répétition aura lieu, à moins que le paiement n'ait eu lieu *sponte*, comme le dit la L. 28, D. XII, 6. Donc le jugement absoluire ne laisse pas subsister l'obligation naturelle dans le sens proprement dit, et les L. 60, D. XII, 6, et 8, § 1, D. XLVI, 8, prouvent seulement que le paiement fait avant le jugement absoluire ne peut pas être répété. Les mots *debitum naturale*, suivant la remarque de Buchel et Vangerow, doivent y être pris dans un sens particulier et signifient simplement devoir de conscience.

59. Toutes les obligations que nous venons d'énumérer, sont des exceptions à cette règle que l'obligation nulle de plein droit ne saurait avoir aucun effet, et à cette autre proposition qui est le complément de la règle, que l'obligation qui peut être repoussée par une exception perpétuelle est considérée comme nulle : *Ex his omnibus causis quae jure non valuerunt vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, condictioni locus erit*, dit Papinien à la L. 54, D. XII, 6. Lorsqu'une obligation est nulle *ipso jure* ou peut être repoussée par une exception perpétuelle, la règle est que ce qui a été payé par erreur peut être répété par la *condictio indebiti*. Les cas d'exceptions à cette règle sont autant de cas d'obligations naturelles; on peut les ramener à trois causes générales.

1° L'obligation, quoique nulle *ipso jure*, ne donne pas lieu à répétition, eût-elle été acquittée par erreur, si la nullité est fondée sur un motif que le droit des gens ou l'équité naturelle ne reconnaît point. Tels sont a) le cas du simple pacte ou de la convention, b) celui d'une convention ou d'un contrat intervenu entre personnes naturellement capables, mais civilement incapables de contracter, à cause du lien de la puissance, et enfin c) le contrat intervenu entre personnes dont la capacité naturelle existe bien, mais n'est pas complète, et qui pour ce motif sont présumées civilement incapables. — Dans les deux premiers cas, comme la cause qui empêche la convention d'être valable *ipso jure*, est purement civile, l'obligation naturelle a tous les effets de l'obligation civile elle-même, sauf le droit d'action. Dans le troisième cas, l'incapable n'est lui-même ni civilement, ni naturellement obligé, par le consentement donné en temps d'incapacité; il peut donc répéter ce qu'il a payé par erreur. Mais son engagement n'est cependant pas complètement nul, car si des tiers capables interviennent pour l'incapable, ils s'obligent accessoirement et même civilement, ou obligent civilement les choses qu'ils soumettent à la garantie.

2° Une autre exception à la règle que l'obligation nulle *ipso jure* ou infirmée par une exception perpétuelle, ne produit aucun effet et donne lieu, en cas de paiement par erreur, à la *condictio inde-*

biti, a sa cause dans le SC^{te} Macédonien. Quoique cette exception soit perpétuelle, elle n'annule pas complètement l'obligation, parce que le fondement naturel subsiste, et que l'exception est donnée *in odium creditoris*.

3^o Une dernière exception découle d'une cause morale, d'une *pietatis causa*, non pas en ce sens que les lois puissent contraindre qui que ce soit à poser des actes que la morale ordonne, car ce serait détruire la liberté intérieure et avec elle le mérite des actions, mais en ce sens que la loi ne saurait pas prêter son appui à un acte contraire à la morale. Une mère se croit obligée *ipso jure* à doter sa fille, un affranchi à faire des prestations officieuses au patron, un héritier à acquitter un legs nul dans la forme : la dot est constituée, les prestations officieuses sont faites, malgré la nullité il est satisfait à la volonté du testateur. La loi ira-t-elle prêter son appui à celui qui voudrait revenir sur un acte moral, sur un acte que la piété et la gratitude ont consacré? Évidemment non; la loi doit rester neutre, et si elle ne peut nous contraindre à des actes moraux, elle peut bien moins encore user de contrainte pour aller contre les actes que la morale approuve. C'est dans ce sens et avec ce seul effet, que ce qui a été donné par un pareil motif ne peut être répété, le paiement eût-il été fait par erreur (1).

L'obligation naturelle a donc réellement cela de caractéristique que bien qu'elle n'existe pas *ipso jure*, ou qu'elle soit infirmée, elle ne donne pas lieu à répétition si elle a été payée, fût-ce par erreur. Mais si le paiement a été fait sciemment, si l'on a su que civilement on ne devait pas, il ne faut pas même l'existence d'une obligation naturelle pour que la *condictio indebiti* soit impossible, car on est supposé avoir voulu donner : *cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est* (2).

(1) L. 26, § 12, D. XII, 6; — L. 32, § 2, D. eod.; — L. 2, C. VI, 42.

(2) L. 53, D. L, 17; — L. 1, D. XII, 6.

APPENDICE AU CHAPITRE II.

DE L'OBLIGATION NATURELLE EN DROIT FRANÇAIS.

Sommaire.

40. Existe-t-il en droit français des obligations naturelles munies d'une sanction spéciale? — Division de la matière.
41. Existe-t-il dans notre droit des obligations naturelles fondées sur ce que certaines obligations seraient valables suivant le droit des gens, suivant l'équité naturelle, sans l'être suivant la loi civile?
42. Suite : La donation irrégulière dans sa forme n'est pas une source d'obligation naturelle.
43. Ni la convention synallagmatique non rédigée en double.
44. Les engagements contractés par des incapables, par le mineur, l'interdit, le prodigue, la femme mariée, donnent-ils naissance à une obligation naturelle?
45. Le droit français ne connaît pas d'obligations naturelles résultant d'exceptions introduites *in odium creditoris*, car la prescription opère libération complète.
46. Le droit français reconnaît-il des obligations naturelles résultant d'une *pietatis causa*, en ce sens que ce qui aurait été payé indûment et par erreur ne pourrait pas être répété? — Erreur de M. Marcadé.
47. Rapports entre la nullité de l'obligation, la *condictio indebiti*, l'obligation naturelle, la règle : *cujus per errorem dati repetitio, ejus consulto dati donatio est*, la *condictio ob turpem causam*, et enfin la règle : *nemo creditur propriam turpitudinem allegans*.

40. Existe-t-il en droit français des obligations naturelles munies d'une sanction spéciale?

L'art. 1255 du Code civil paraît mettre cette question hors de doute; il porte que la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. Mais quelles sont ces obligations naturelles? Le Code ne les définit point, et les auteurs ne sont guère d'accord sur ce sujet. Pour

résoudre cette question nous allons la diviser, et connaissant les trois causes de l'obligation naturelle en droit romain, nous nous demanderons :

1° S'il existe des obligations naturelles fondées sur ce que certaines obligations seraient valables suivant le droit des gens, suivant l'équité naturelle, sans l'être suivant les lois civiles qui nous sont particulières;

2° S'il existe des obligations naturelles naissant d'obligations que notre droit civil aurait infirmées par des exceptions introduites seulement *in odium creditoris*;

3° S'il existe des obligations naturelles *ex pietatis causa*.

41. Au sujet du premier point à examiner, nous avons à remarquer tout d'abord que chez nous il ne peut pas être question d'une différence entre pactes et contrats, ni par conséquent d'une obligation naturelle née de pareille différence (1).

Cependant, bien que d'après le Code civil il soit de règle qu'aucune forme spéciale n'est requise pour la validité des conventions, il y a quelques contrats qui, pour être valables, exigent une forme solennelle, par exemple la donation, la constitution d'hypothèque, le contrat de mariage, l'adoption. Or, Toullier (VI, 16), s'est prévalu de cette différence entre les contrats solennels et les contrats non solennels, pour prétendre que dans notre droit moderne aussi des obligations naturelles peuvent en découler. Ainsi d'après lui, la donation non régulière dans sa forme constituerait un pacte simple, une obligation naturelle, de sorte que, après son exécution par le donateur, il n'y aurait plus lieu à répétition. Il va plus loin et croit trouver un autre exemple d'un pacte simple dans une convention synallagmatique sous seing privé, lorsqu'on a négligé d'exprimer qu'elle est faite en double. Cette convention, dit Toullier, n'est obligatoire que lorsqu'il y a eu exécution de la part d'une des parties, précisément comme les simples pactes ne devenaient obligatoires en droit romain, que lorsque l'une des parties avait exécuté la convention.

Nous aurons donc à examiner si la donation irrégulière dans

(1) Art. 1108 et 1124 du Code civil.

sa forme peut être assimilée au pacte du droit romain, si elle peut être validée ou confirmée par l'exécution volontaire de la part du donateur, si elle peut être confirmée par les héritiers du donateur après son décès, et s'il en résulte qu'elle donne naissance à une obligation naturelle; et d'autre part si l'acte double et la mention du double, quand il s'agit de conventions synallagmatiques, constituent des formalités substantielles de ces conventions, ou bien si ces formalités n'ont de valeur et d'effet qu'en ce qui concerne la preuve.

42. La donation irrégulière dans sa forme ne peut pas être comparée en tout point, au simple pacte des Romains. Il est bien vrai que le pacte était nul *ipso jure*, c'est-à-dire *jure civili*, comme la donation irrégulière l'est dans notre droit; mais d'un autre côté la loi romaine a formellement attaché certains effets au simple pacte, et ces effets, notre droit ne les attribue point à la donation irrégulière. Il y a plus, en droit romain aussi la donation, lorsqu'elle dépassait 500 solidi, requérait pour être valable, la formalité de l'insinuation auprès du magistrat, et à défaut de cette solennité, elle était nulle en tant qu'elle dépassait cette somme, complètement nulle, au point que ce qui avait été donné pouvait être revendiqué (1). Donc, à moins d'exceptions formellement établies par la loi, on reste dans la règle que ce qui est nul en droit civil ne produit aucun effet.

Toutes les législations requièrent des formalités spéciales, au moins dans les donations importantes, soit pour prémunir le donateur contre lui-même, soit pour protéger l'intérêt des héritiers. Dans la donation, la forme est donc considérée comme substantielle, et le défaut de forme est comme un vice qui affecte la volonté même. C'est pourquoi l'on ne saurait comparer la donation irrégulière aux pactes des Romains. Cela est si vrai que le droit romain lui-même a établi une différence entre le simple pacte et la donation irrégulière, dans les cas où pour la validité de la donation, il requérait une forme solennelle.

Les motifs d'ailleurs pour lesquels le droit romain n'attachait

(1) L. 34, C. VIII, 54; — L. 5, § 18, L. 6, D. XXIV, 1.

pas une action à chaque convention, mais exigeait une *causa civilis*, et ceux pour lesquels il requérait des solennités pour la donation, sont tout-à-fait différents. La *causa civilis* était requise, comme nous l'avons vu plus haut, pour éviter le danger de transporter la contrainte juridique dans le domaine de la morale, tandis que la solennité a été requise dans les donations importantes, pour prémunir le donateur contre lui-même.

Malgré la disposition si explicite de l'art. 1339, qui ne permet pas au donateur de réparer par aucun acte de confirmation les vices d'une donation entre vifs, nulle en la forme, Toullier, attribuant à la donation irrégulière les effets du simple pacte, enseigne que le donateur peut confirmer la donation par l'exécution volontaire; et Merlin est du même avis (1). — Il est bien vrai que les meubles peuvent être donnés de la main à la main sans autre formalité; mais il n'en demeure pas moins inexact de dire que la donation irrégulière puisse être confirmée par l'exécution volontaire. Supposez une donation irrégulière en la forme, une donation par acte privé par exemple; supposez que le donataire ait été mis en possession des biens par le donateur lui-même, le donateur pourra, en vertu de l'art. 1339, et nonobstant l'exécution de la donation, revendiquer les immeubles, et les héritiers auront le même droit; mais ceux-ci, à la différence du donateur lui-même, s'ils avaient ratifié la donation faite par leur auteur, ou si, connaissant la donation, ils avaient eux-mêmes mis le donataire en possession des biens, ce qui impliquerait ratification tacite, ne pourraient par là rendre le donataire propriétaire incommutable (art. 1340).

Le donateur ne peut pas confirmer la donation irrégulière en sa forme, dit l'art. 1339, et de là il suit que c'est à tort qu'on prétend que l'exécution volontaire confirmerait telle donation, car la loi proscriit toute confirmation du donateur, en termes généraux, elle n'excepte pas la confirmation tacite qui résulterait de l'exécution même de la donation. — Dans l'ancien droit, la confirmation tacite était nulle. Par conséquent, en présence des termes

(1) TOULLIER, V, n° 189. — MERLIN, *Quest. de droit*, v° Testament.

généraux de l'art. 1339, il faudrait une disposition formelle pour qu'on pût admettre une dérogation au principe.

Mais pourquoi la loi ne permet-elle pas au donateur de confirmer la donation irrégulière, tandis qu'elle le permet aux héritiers du donateur? Le motif est que si le législateur veut, par les formes de la donation, mettre le donateur en garde contre lui-même, il a principalement en vue les intérêts des héritiers. Pothier dit : l'esprit du droit français incline à ce que les biens demeurent dans la famille et passent aux héritiers. La forme extérieure de l'acte, et la notification de l'acceptation lorsque celle-ci a lieu par acte séparé, sont autant de conditions extrinsèques, avant l'accomplissement desquelles le donateur a le droit de se repentir. Mais les formalités que j'appellerai intrinsèques, la règle « *donner et retenir ne vaut*, » qui impose au donateur la nécessité de se dépouiller à l'instant même, sans pouvoir rien révoquer, sans pouvoir rien retrancher de sa libéralité, directement ou indirectement, met le donateur dans la nécessité, non-seulement de préférer le donataire aux héritiers, mais de préférer le donataire à lui-même, de faire un sacrifice certain en se dépouillant immédiatement du bien donné. C'est pourquoi la donation serait nulle si elle était rendue dépendante d'une condition potestative de la part du donateur; c'est pourquoi elle ne saurait embrasser les biens futurs, car ces biens sont toujours incertains et le donateur ne s'en dépouille pas; c'est pourquoi elle est nulle lorsqu'elle est faite à la charge de payer d'autres dettes que celles qui existent à l'époque de la donation, et qui sont exprimées dans l'acte ou dans l'état qui doit être annexé à la donation; c'est pourquoi encore lorsque le donateur s'est réservé la faculté de disposer d'un certain effet ou d'une somme renfermée dans la donation, cet objet, cette somme, au cas où il n'en a pas disposé, passera aux héritiers du donateur et demeurera distraite de la donation (1). Enfin, c'est pour que le donateur soit d'autant plus irrévocablement lié que la minute de la donation, à *peine de nullité*, doit rester déposée chez le notaire (art. 931).

(1) Art. 943, 944, 945, 946 du Code civil.

S'il résulte de ce qui précède que les formalités sont plus encore requises dans l'intérêt des héritiers que dans celui du donateur, il sera expliqué par cela même pourquoi la ratification des héritiers est possible, et confirme l'acte, tandis que celle du donateur est sans effet.

Mais de ce que les héritiers peuvent ratifier la donation irrégulière en sa forme, faut-il conclure que telle donation laisse subsister une obligation naturelle, au moins quant aux héritiers? Nullement; les héritiers ne sont pas plus liés par la donation irrégulière que ne l'était le donateur lui-même; ce qui le prouve, c'est qu'ils peuvent revendiquer les biens qui auraient été livrés par le donateur en vertu d'une donation irrégulière. Ils se trouvent dans la position de celui qui exécute volontairement une convention viciée par le dol, car pareille convention peut aussi par la ratification être pleinement confirmée, sans qu'on songe cependant à la qualifier d'obligation naturelle. La dénomination d'obligation naturelle serait donc abusive dans notre espèce, puisqu'il n'y a d'obligation naturelle que lorsqu'une chose ne peut pas être répétée, alors même qu'elle n'a été payée que par erreur. Or, l'art. 1340 dit : *l'exécution volontaire* emporte renonciation à opposer les vices de forme.

43. La convention synallagmatique non rédigée en double, est-elle assimilée au pacte des Romains, et crée-t-elle par conséquent une obligation naturelle?

Toullier lui-même a réfuté son erreur, en prouvant que les conventions synallagmatiques ne sont pas nulles *ipso jure* pour n'être pas faites en double, et que les formalités de l'art. 1525 ne concernent que l'acte qui sert à prouver la convention, et non la convention même. En effet l'article, par son texte même, distingue soigneusement la convention de l'acte; il ne fait donc pas exception à l'art. 1108, d'après lequel on contracte valablement, même sans écrit. D'un autre côté, tel n'est pas non plus le sens de l'art. 1525, que l'écrit soit le seul moyen de prouver la convention synallagmatique, car cet article porte que le défaut du double et de la mention peut être couvert par l'exécution. L'art. 1525 ne prescrit donc pas une forme substantielle, il veut seulement qu'au

cas où l'une des parties invoque la preuve écrite, l'écrit invoqué soit conçu dans la forme déterminée, sans que du reste aucun des autres moyens de preuve généralement admis soit repoussé. Ainsi rien n'empêche de recevoir la preuve par témoins lorsque l'intérêt n'excède pas 150 fr. Ainsi encore, une partie invoquerait vainement le défaut d'acte, si du reste elle avouait l'existence du contrat même, et d'autre part le serment décisive pourrait être déféré à la partie qui nierait la convention. Enfin l'acte écrit non en double, mais signé des parties, pourrait servir de commencement de preuve par écrit. Cette proposition est controversée, mais nous n'hésitons pas à l'admettre, parce qu'un tel acte, signé de toutes les parties, réunit incontestablement toutes les conditions requises par l'art. 1347, puisqu'il émane de celui contre lequel la demande est formée, et qu'il rend au moins vraisemblable le fait de la convention. Or, c'est là tout ce que la loi requiert généralement, sans qu'elle établisse une exception concernant les conventions synallagmatiques (1).

Il demeure donc établi qu'abstraction faite de la preuve, la convention synallagmatique non rédigée par écrit dans la forme de l'art. 1325, produit tous ses effets, et ne saurait par conséquent être assimilée au simple pacte du droit romain. Donc il n'existe pas, dans notre législation, d'obligation naturelle du chef de conventions qui devraient être assimilées aux pactes du droit romain, car nous venons de démontrer que la donation irrégulière en la forme est absolument nulle, et ne produit aucun des effets qui caractérisent l'obligation naturelle.

44. Les engagements pris par des personnes que la loi qualifie d'incapables, font-elles naître une obligation naturelle, soit à l'égard de ces personnes mêmes, soit à l'égard des tiers intervenants ?

Examinons d'abord la question par rapport aux mineurs.

Notre droit ne distingue pas les pupilles des mineurs, car la tutelle dure jusqu'à la majorité ou l'émancipation. Tout mineur

(1) Sic : MERLIN, *Rep.*, v° Double écrit, n° 8; — TROPLONG, *Vente*, I, n° 33; — Arrêt de Bruxelles, 2 août 1837; — MARCADE sur l'art. 1347. Contra : DURANTON, XIII, n° 164; — BONNIER, n° 563.

non émancipé doit être représenté soit par son père administrateur légal (art. 389), soit par son tuteur (art. 450). Tout mineur émancipé est pour certains actes soumis au curateur ou même au conseil de famille (art. 481 et suiv.). Cepeudant relativement aux actes que le mineur aurait posés lui-même, il se présente une distinction basée sur la nature des choses même : à l'âge où il est impossible d'admettre l'intelligence de ce qu'on fait, la convention est nulle, nulle de plein droit et perpétuellement nulle, pour absence de consentement, et ne saurait avoir le moindre effet naturel ou civil. Passé cet âge, la convention dans laquelle intervient un mineur est-elle valable, nulle de plein droit ou sujette à être rescindée? Telle est la question qui s'offre ici à notre examen. Si la convention était nulle de plein droit, il pourrait en résulter une obligation naturelle. Si elle était valable de plein droit et seulement susceptible d'être rescindée, il y aurait obligation civile et naturelle, et la question de l'obligation naturelle et de ses effets ne se présenterait pas.

Nous avons vu qu'en droit romain les pupilles qui étaient considérés comme ayant le *non plenus intellectus*, étaient capables de s'obliger les tiers, et que les tiers aussi pouvaient accessoirement s'obliger en cautionnant leur engagement; qu'à l'égard des tiers, cautions ou intervenants, l'engagement du pupille était dit produire une obligation naturelle, mais qu'à leur propre égard leurs engagements demeuraient nuls naturellement et civilement. Les pupilles étaient donc incapables de s'engager. A l'égard des mineurs au contraire, la règle était la capacité; seulement certains actes que le mineur avait posés seul étaient nuls, et les actes valides *ipso jure* étaient dans tous les cas rescindables pour cause de lésion. — Quel est des deux systèmes celui que le Code a sanctionné? Les actes passés sans l'autorité du tuteur sont-ils nuls de plein droit, comme l'étaient en droit romain ceux du pupille et ceux du mineur là où le mineur ne pouvait agir sans curateur, ou bien ces actes sont-ils seulement rescindables là où il y a lésion? C'est la question qui divise les auteurs. Parmi une grande diversité d'opinions, deux systèmes opposés doivent fixer notre attention. Le premier est celui qui introduit dans le droit

moderne, la distinction de la nullité pour défaut de forme et de la rescision pour lésion, distinction qui existe en droit romain quant aux mineurs. Les mineurs étant incapables, dit-on, il s'ensuit que toutes les fois qu'un mineur non émancipé, qui devait par conséquent être représenté soit par son père soit par son tuteur, aura passé lui-même un acte quelconque, toutes les fois que le mineur émancipé aura posé un acte qu'il ne peut poser qu'avec l'assistance de son curateur, il y aura lieu à nullité, et le mineur pourra faire annuler l'acte, par cela seul qu'il émane de lui, d'un incapable. — Si au contraire l'acte est régulier, s'il a été posé par le représentant légal du mineur non émancipé ou par le mineur émancipé assisté du curateur, il y a lieu à restitution pour lésion. Ainsi nullité pour incapacité, rescision pour lésion, voilà ce qui caractérise ce système, qui est celui de Toullier et de Troplong (1).

D'après un deuxième système, là où le premier admet la nullité, il n'y a lieu qu'à rescision, si en outre il y a lésion; et là où le premier admet la rescision pour cause de lésion, l'acte demeure complètement valide, de sorte que si le premier système pèche par trop de faveur accordée aux mineurs, le deuxième peut-être ne leur en accorde pas assez. Car il en résulte que les actes dans lesquels le mineur non émancipé a été dûment représenté par son père ou son tuteur, les actes dans lesquels le mineur émancipé a été dûment assisté de son curateur, qu'en un mot les actes concernant les mineurs, passés conformément à la loi, sont considérés comme ayant été passés en état de majorité, et ne peuvent être rescindés que dans les cas où les actes consentis par les majeurs le seraient. Quant aux actes qui auraient été passés par les mineurs non émancipés, ou quant à ceux des actes où les mineurs émancipés auraient dû être assistés de leur curateur, ces actes sont annulables ou rescindables, mais seulement alors qu'il y a lésion. Le Code confond l'action en nullité avec l'action en rescision, puisque pour qu'un acte soit annulable, il faut en même temps qu'il

(1) TOULLIER, VI, n° 105. — TROPLONG, des Hypothèques, 2, n° 488; — de la Vente, n° 166.

soit rescindable, c'est-à-dire qu'il faut tout à la fois nullité et lésion. De sorte que d'après ce système, le mineur n'a jamais l'action en nullité ou en rescision par cela seul qu'il est incapable, mais par cela qu'il est tout à la fois lésé et incapable. En un mot, si le premier système se caractérise par ces deux propositions *nullité pour incapacité* et *rescision pour lésion*, le second se caractérise par ces deux autres propositions, *pas de nullité pour incapacité seule*, mais nullité ou rescision lorsqu'il y a incapacité et lésion tout à la fois. Dans le dernier système, quand on parle de l'incapacité du mineur, ce n'est que pour se conformer à un usage général, car à proprement parler le mineur n'est pas incapable, les actes qu'il pose sont valides; mais ces actes lorsqu'il est lésé, sont sujets à rescision; l'incapacité du mineur n'est autre chose que l'incapacité de faire lui-même ou sans assistance du curateur un contrat inattaquable du chef de lésion.

Ce système, adopté par un grand nombre d'auteurs, est le seul qui nous paraisse fondé (1).

A voir certaine disposition du Code, on dirait que la différence entre la nullité et la rescision est maintenue. Ainsi l'art. 1124 déclare les mineurs *incapables de contracter*. Toutefois lorsqu'on compare avec cet article les art. 1117 et 1304, on voit d'abord que dans les termes le Code confond tout-à-fait l'action en nullité et l'action en rescision. A l'art. 1117 il distingue deux cas, le cas où *une convention est nulle de plein droit*, et celui où *elle donne lieu seulement à une action en nullité ou en rescision*. Au premier cas, la convention est comme si elle n'avait jamais existé, la nullité est absolue, perpétuelle. Au second cas, ainsi que le prouvent les art. 1304, 1305, la convention existe et continuera d'exister jusqu'à ce qu'on ait demandé qu'elle soit annulée ou rescindée, demande qui ne peut être formée que dans les dix ans à partir du moment où l'incapacité a cessé, où le dol ou la violence a été pratiquée. La convention existe; c'est ce que prouvent et les ter-

(1) Sic : PROUDHON et son annotateur VALETTE, *Des Personnes*, 2, chap. 16, sect. 2; — MERLIN, *Quest. de droit*, v^o *Hypothèque*; — DURANTON, X, n^o 273; — MARCADE, sur l'art. 1305; — DISS. de PONT (*Revue des Revues de droit*, t. VII); — Arr. cass. France, 18 juin 1844.

mes des art. 1117 et 1304, et la place de ce dernier article, qui se trouve sous la rubrique du Chap. V, *De l'extinction des obligations*; car il ne saurait y avoir un mode d'extinction pour une obligation qui n'a jamais existé. Or, les art. 1304 et 1305 prouvent à l'évidence que les actes des mineurs ne sont pas comptés parmi les actes nuls de plein droit, mais parmi les actes annulables ou rescindables, puisqu'il est dit à l'art. 1304 qu'à l'égard des actes faits par les mineurs, le temps (de dix ans) ne court que du jour de la majorité; et l'art. 1305 prouve qu'à l'égard de ces actes il faut en outre la lésion, la simple lésion, comme dit le texte par opposition à la lésion des sept douzièmes ou de plus du quart, requise par la rescision de la vente et du partage intervenus même entre majeurs. Les art. 1304 et 1305 condamnent donc le premier système, puisque d'après ce système les actes du mineur non émancipé devraient être nuls même sans lésion, et qu'il devrait en être de même des actes du mineur émancipé excédant les bornes de sa capacité.

Ces déductions sont pleinement confirmées par les travaux préparatoires du Code. L'orateur qui a présenté l'art. 1305 au Corps Législatif, comme s'il avait voulu répondre à l'objection tirée de ce que l'art. 1108 déclare le mineur incapable, dit que le résultat de son incapacité est de ne pouvoir être lésé, et non pas de ne pouvoir contracter. De même devant le Tribunal on a fait ressortir la différence qu'il y a entre l'incapacité des femmes et des interdits et celle des mineurs. Pour ce qui est des femmes et des interdits, disait-on, ils n'auront besoin que d'invoquer leur incapacité, mais il en est autrement du mineur, il ne sera pas restitué comme mineur, il pourra l'être comme lésé.

Nous concluons de ces arguments que le mineur étant capable de contracter (1304-1305), et seulement incapable de contracter sans pouvoir être restitué en cas de lésion (1108), son engagement est civilement et naturellement valable, et que partant il ne saurait y avoir place ici pour une obligation naturelle. Si cet engagement peut être cautionné, c'est qu'il est naturellement et civilement valable; s'il peut être ratifié par le mineur devenu majeur, c'est que la ratification n'a pour objet que la renonciation à l'action en

rescision du chef de lésion, action contre laquelle le créancier qui contracte avec le mineur pourra d'ailleurs se prémunir au moyen du cautionnement (art. 2012).

Quant aux autres personnes incapables, leur condition ressemble en général à celle des pupilles en droit romain.

Les interdits sont incapables civilement, mais s'ils contractent dans un intervalle lucide, avant la levée du jugement d'interdiction, ils obligent les tiers envers eux, et les tiers, cautions de leurs engagements, seront tenus; mais ces engagements, quant aux interdits eux-mêmes, ne sont pas même valables naturellement, et ne sauraient avoir aucun effet, aucune force contre eux, quoique après la levée du jugement, ils puissent volontairement ratifier ou exécuter leurs promesses. Il en est de même des prodigues placés sous conseil judiciaire, quant aux actes qu'ils ne peuvent valablement poser sans l'assistance de leur conseil. Le Code ne les considère pas comme absolument incapables, leurs engagements peuvent être cautionnés. Il en est encore de même de l'obligation contractée par la femme mariée, non dûment autorisée de son mari ou de la justice.

Toutes ces obligations constituent des obligations naturelles, en ce sens que les tiers fidéjusseurs sont valablement obligés, sans que pourtant ils puissent exercer un recours contre l'incapable, qui n'est pas même naturellement obligé. L'engagement ne donnera donc ouverture ni à la compensation ni au droit de rétention, mais sera susceptible de ratification, d'exécution volontaire au temps de la capacité.

En résumé, les engagements des mineurs qui n'ont pas l'intelligence de ce qu'ils font, sont nuls absolument et perpétuellement, nuls pour absence de la première condition requise par l'art 1108, pour absence de consentement. Les engagements des mineurs non émancipés produisent une obligation civile et naturelle, mais susceptible d'être rescindée ou annulée lorsqu'il y a lésion; il en est de même de ceux des mineurs émancipés lorsqu'ils devraient être assistés de leur curateur. Au cas où les mineurs non émancipés ont été dûment représentés par leur père ou leur tuteur, et aux cas où les mineurs émancipés ont pu contracter seuls, leurs actes

sont réputés faits en état de majorité; et il en est de même des actes pour lesquels des formalités spéciales ont été prescrites, lorsque ces formalités ont été observées. Quant aux autres incapables qui sont naturellement capables, et ils le sont tous à l'exception du furieux, leurs engagements produisent une obligation naturelle quant aux tiers, nulle quant à eux-mêmes. Ils peuvent demander dans le délai prescrit par l'art. 1304 la nullité de leurs engagements, par cela seul qu'ils sont incapables.

43. Y a-t-il en droit français des obligations naturelles résultant d'exceptions introduites *in odium creditoris*?

Nous ne le croyons pas. Ceux qui prétendent que la prescription est introduite *in odium creditoris*, disent qu'elle laisse subsister une obligation naturelle; mais cette opinion n'est fondée sous l'empire du Code que sur quelques textes de droit romain, qui ont été mal compris et que nous avons déjà examinés plus haut (1). Si nous n'avions pour résoudre cette question que les dispositions du Code civil, il est évident que pour tout esprit non prévenu la négative ne pourrait soulever le moindre doute. En effet, à l'art 1254 la prescription est énumérée parmi les causes qui éteignent les obligations, et se trouve placée sur la même ligne que le paiement, la novation, la compensation, la nullité ou la rescision. D'un autre côté, l'art. 2219 porte que la prescription est un moyen d'acquiescer ou de se libérer. Or, il serait impossible que le législateur se fût exprimé de la sorte, et dans sa pensée la prescription devait laisser subsister une obligation naturelle; car en admettant même qu'une obligation puisse être considérée comme éteinte lorsqu'elle ne l'est que civilement, on ne saurait cependant dire que la prescription soit un moyen de se libérer, si l'obligation naturelle subsiste. En effet, le débiteur naturel doit, car lorsqu'il paie, il ne paie pas un *indebitum*, et c'est sur ce fondement que l'art. 1233 lui refuse la répétition. Comment donc, si la prescription laissait subsister une obligation naturelle, l'art. 2219 aurait-il pu dire que la prescription est un moyen de se libérer? Nous le répétons, l'obligation naturelle est repoussée par le texte formel des

(1) V. nos 33, 34, 35 et 36.

art. 2219 et 1234, sans que dans tout le Code on puisse trouver un seul texte qui soit favorable à l'opinion contraire.

46. Jusqu'ici nous n'avons trouvé d'autre cause à l'obligation naturelle, que l'engagement pris par des personnes civilement incapables, mais naturellement capables, engagements qui n'obligent cependant pas les incapables, pas même naturellement, mais seulement les tiers. Il nous reste à voir si le droit français reconnaît aussi des obligations naturelles fondées sur ce que le droit romain a appelé une *pietatis causa*.

La rédaction de l'article 1253 a jeté quelque doute sur cette question. Cet article porte que la répétition de ce qui a été payé indûment, n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. Il a fait dire à M. Marcadé que « l'obligation naturelle est celle que le législateur, après lui avoir refusé l'efficacité ordinaire parce qu'elle se trouve sous le coup d'une présomption générale d'inexistence ou d'invalidité, arrive à sanctionner ensuite, parce qu'une exécution libre, une novation volontaire ou quelque autre acte d'où résulte l'aveu de la valeur réelle de la dette, vient prouver au législateur que sa présomption était en défaut pour ce cas particulier. » Ainsi quand l'incapable paie, étant devenu capable ou reconnaît sa dette; quand le débiteur acquitte volontairement la dette qu'il savait être prescrite, quand celui qui a perdu au jeu a payé volontairement, il y a là autant d'obligations naturelles dans leur principe, et cependant la loi, par suite de l'aveu résultant du paiement effectué, refuse la répétition.

Telle est la doctrine de Marcadé sur l'obligation naturelle. L'interprétation de l'art. 1253, sur laquelle elle repose, me paraît contraire et à des textes précis, et à des principes qui sont d'une autorité incontestable. Et d'abord, si comme le fait Marcadé, on attache au mot volontairement de l'art. 1253 la signification du mot *sciemment* rapporté à la non-existence de la dette, cet article devient inconciliable avec les articles 1376 et 1377. En effet, d'après ces articles, la répétition de la chose payée indûment est subordonnée à la condition de l'erreur, et n'a plus lieu dès que le paiement a été fait *sciemment*; tandis que, en vertu de l'art. 1253 interprété selon Marcadé, il ne suffirait pas qu'on eût payé *sciement*.

ment la chose induc pour que la répétition ne fût pas admise, il faudrait en outre que la chose fût due naturellement.

Il faut admettre des deux choses l'une, ou bien l'on ne peut pas répéter ce qu'on a payé indûment, dès qu'on a payé sciemment, sachant qu'on ne devait pas (art. 1377), et alors nous ne pouvons trouver en droit français d'obligation naturelle à laquelle la définition de Marcadé soit spécialement applicable, et nous ne concevons plus pourquoi l'obligation naturelle est mentionnée dans l'art. 1235, ou bien il ne suffit pas pour que la chose indûment payée ne puisse pas être répétée que le paiement ait été fait sciemment, mais il faut en outre l'existence d'une obligation naturelle, et dans ce cas le principe consacré par les art. 1376 et 1377 est méconnu. C'est à l'une ou l'autre de ces deux conséquences, également erronées, également inconciliables avec le texte du Code, qu'on doit nécessairement arriver si l'on adopte le système de Marcadé.

A en juger par les deux premiers exemples donnés par cet auteur, il est arrivé à la première conséquence, à celle que nie implicitement l'existence de l'obligation naturelle. En effet, si l'incapable n'a pas la répétition de ce qu'il a payé volontairement à l'état de capacité, ce n'est pas parce qu'il était naturellement obligé, mais parce qu'il a voulu payer ce qu'il ne devait pas, c'est, en d'autres mots, parce qu'il tombe sous l'application de la règle que nous avons déjà souvent invoquée : *Cujus per errorem dati, repetitio est, ejus consulto dati, donatio est*; car il est incontestable qu'il ne saurait être forcé à payer, ni directement, ni indirectement par compensation ou rétention. Les mêmes remarques s'appliquent au second exemple cité par Marcadé, celui d'un débiteur qui paie sciemment une dette prescrite, après s'être lui-même retranché derrière la prescription accomplie, lorsqu'il était poursuivi en paiement. Et quant au troisième exemple, quant à la dette de jeu, si celui qui paie pareille dette n'a pas l'action en répétition, c'est réellement par un motif semblable à celui pour lequel le droit romain refuse l'action, lorsqu'après avoir fait un paiement indu, même par erreur, on est censé avoir obéi à une *pietatis causa*, à un motif de pitié ou d'honneur. Il y a donc entre les

deux premiers cas cités par Marcadé et le dernier, une différence immense. Dans les deux premiers cas, point de répétition parce que le paiement a eu lieu sciemment, et cela est si vrai que s'il avait eu lieu par erreur, on serait forcé d'admettre la répétition. Dans le troisième cas, point de répétition parce qu'il y a un motif d'honneur, et cela est si vrai encore, que la répétition n'aurait pas lieu alors même que le paiement aurait eu lieu par erreur. Le troisième cas est donc le seul où nous reconnaissons l'obligation naturelle consacrée d'ailleurs par l'art. 1967 du Code civil. Mais cet article précise aussi d'une manière incontestable que le mot *volontairement* à l'art. 1255 n'est pas employé comme synonyme de *sciemment*, mais sert à indiquer un paiement fait librement, sans supercherie, sans dol, sans violence. De sorte que l'art. 1255 attribue ce caractère à l'obligation naturelle, que le paiement, quoique fait par erreur mais volontairement, c'est-à-dire sans violence, ne donne pas lieu à répétition. Ainsi entendu, il est en parfaite harmonie avec les art. 1577 et 1967. Aussi la doctrine et la jurisprudence n'hésitent pas à admettre des obligations naturelles, non pas seulement, comme le veut Marcadé, parce qu'une obligation dépourvue d'action aurait été exécutée sciemment, c'est-à-dire sachant qu'on ne devait pas, mais par cela seul qu'il existe un motif de pitié et d'honneur, le paiement se fût-il fait par erreur, pourvu qu'il fût volontaire, c'est-à-dire, libre, non entaché de dol ni de violence (1).

Un père n'a pas reconnu son enfant naturel de la manière voulue par la loi; il ne l'a reconnu ni dans l'acte de naissance, ni par acte authentique, mais verbalement ou par acte privé; il peut donc refuser les aliments. Cependant s'il a donné ou constitué une somme pour tenir lieu d'aliments, eût-il cru qu'il y était obligé, tandis qu'il ne l'était pas, la loi lui refuse la répétition parce qu'elle ne saurait donner son appui à un repentir qui serait peu moral.

Les auteurs enseignent pareillement que l'héritier qui acquitte

(1) Voyez DURANTON, t. XII, n° 37. — DALLOZ, *Répert. alph.*, t. XX, p. 292. — TOULLIER, VI, n° 384. — SIREY, XX, 2-14.

un legs nul dans la forme, n'a pas l'action en répétition, quand même il paie par erreur croyant le legs valable.

De même le failli qui par suite d'un concordat a obtenu remise de ses dettes, demeure naturellement obligé parce qu'une telle remise est faite par une majorité qui lie la minorité des créanciers, et dans le seul but de concilier les intérêts de la masse avec ceux d'un débiteur plus malheureux que coupable. La loi en lui rendant par le concordat l'administration de ses biens, veut plutôt lui fournir l'occasion de se libérer qu'elle ne l'y contraint, mais elle l'engage d'honneur à s'acquitter entièrement, si c'est possible, puisqu'elle fait de l'acquittement intégral de ses dettes, la condition de sa réhabilitation (1).

Enfin nous n'hésitons pas à admettre que si sous l'empire du Code où les parents ne sont pas obligés à doter leurs enfants, un père en s'y croyant obligé, avait donné une dot à son enfant, il n'y aurait pas lieu à répétition, encore *pietatis causâ*.

Par conséquent, sans entrer dans de plus longs détails, nous sommes autorisés à conclure qu'il résulte d'une jurisprudence et d'une doctrine constantes, qui s'accordent avec la véritable interprétation de l'art. 1258, que l'obligation naturelle se reconnaît à ce caractère, non pas que ce qui a été payé sciemment n'est pas sujet à répétition, mais que même ce qui a été payé par erreur ne l'est point si le paiement a été fait volontairement, c'est-à-dire sans surprise, sans dol, sans violence. Donc dans notre droit, outre les engagements pris par des personnes civilement incapables, naturellement capables, engagements qui peuvent devenir la cause d'une obligation naturelle pour les tiers intervenants, mais ne lient pas même naturellement l'incapable, il existe une deuxième cause d'obligation naturelle, la *pietatis causa* qui manifeste ses effets, en ce que 1° ce qui a été payé fût-ce par erreur, ne peut pas être répété; et que 2° elle peut servir de cause à une obligation civile. Toutefois la dette de jeu fait ici exception; elle ne saurait servir de cause à une obligation parce qu'elle repose sur une convention nulle pour motif d'ordre public. L'honneur seul fait maintenir le paiement volontaire.

(1) Voyez les articles 519, 525, 603 du Code de comm.

Remarquons finalement qu'en droit français aucune dette naturelle ne saurait donner lieu à la compensation, parce que l'article 1291 requiert que les dettes, pour être compensables, soient exigibles.

47. Avant d'abandonner notre sujet, et pour résumer les explications qui précèdent, il sera utile, croyons-nous, de montrer les rapports entre l'obligation naturelle, l'obligation nulle, la *condictio indebiti*, et quelques règles accessoires qui dans la pratique viennent se combiner avec celles que nous avons précédemment exposées.

Le principe qu'il faut prendre pour point de départ, c'est que l'obligation non existante, nulle *ipso jure*, ou susceptible d'être infirmée par une exception perpétuelle, n'a aucun effet et donne lieu au cas de paiement à la *condictio indebiti*. Ce principe subit deux exceptions :

1° L'obligation nulle *ipso jure* qui a été payée, ne donne pas lieu à répétition s'il existe une cause naturelle pour laquelle on peut la considérer comme valable; telles sont la capacité naturelle de contracter malgré l'incapacité civile, et la *pietatis causa*.

2° Ce qui a été payé sciemment, quoique pour une cause n'existant pas ou nulle *jure civili*, ne donne pas lieu à répétition, car *cujus per errorem dati repetitio, ejus consulto dati donatio est*.

Toutefois, pour rattacher à notre sujet la condictio *ob turpem causam*, remarquons que cette seconde exception, formant la règle que ce qui a été payé sciemment ne peut être répété, est elle-même sujette à trois exceptions :

a) On peut répéter ce qu'on a donné sachant qu'on ne le devait pas, lorsqu'on l'a donné *ob turpem causam accipientis*. Ainsi qu'un dépositaire ait exigé quelque chose pour restituer ce dépôt, le déposant aura la *condictio ob turpem causam*. Mais s'il y avait *turpis causa* en même temps de la part de celui qui donne comme de la part de celui qui reçoit, il n'y aurait plus lieu à l'action en répétition, ni à aucune autre action, non pas parce qu'on savait qu'on ne devait pas, mais parce qu'on ne saurait invoquer un fait honteux, une *turpis causa* pour fondement d'une action. Ainsi ce qui aurait été donné pour corrompre un fonctionnaire public ou

pour faire commettre un délit ou un acte immoral ne pourrait être répété, parce qu'il y aurait à la fois *turpis causa dantis et accipientis*. La loi n'autorise point le scandale d'un plaideur venant invoquer devant la justice sa propre turpitude (1).

b) On peut encore répéter ce qui a été donné sciemment, lorsque la loi requiert pour la donation une forme spéciale. Ainsi un immeuble payé indûment peut être répété quoiqu'il ait été donné sciemment, parce que la donation d'un immeuble ne peut se faire que par acte authentique et dans la forme de l'art. 931 du Code civil.

c) Enfin la répétition est également fondée, lorsqu'on a donné pour une cause qui est illicite sans que cependant elle soit honteuse. Papinien, à la L. 5, D. XII, 7, nous en donne un exemple remarquable. Voici l'espèce : Une nièce avait constitué une dot à son oncle en vue de leur prochain mariage. Le mariage n'ayant pas eu lieu, question de savoir si la dot peut être répétée. Au premier abord on pourrait croire que la somme qui devait constituer la dot, a été donnée *ob turpem causam dantis et accipientis*, le mariage entre l'oncle et la nièce étant prohibé, et que dès lors il ne saurait y avoir lieu à répétition, mais Papinien repousse cette opinion, en déclarant que dans l'espèce il est plus vrai de dire qu'il n'y a pas de cause, que de prétendre qu'il y a une cause honteuse. En effet, la somme a été donnée en vue du mariage qui certes n'est pas chose illicite, et si le mariage entre l'oncle et la nièce est empêché par la loi, la législation a varié sur ce point, il fut tantôt admis tantôt prohibé. De même chez nous cet empêchement n'est pas insurmontable, ni considéré comme absolument contraire aux bonnes mœurs, puisqu'il peut être levé par l'autorisation du roi.

Duvergier a fait une application ingénieuse de la loi 5, D. XII, 7. Après avoir reconnu le principe qu'on ne peut se prévaloir d'un fait honteux pour y fonder une action, il se demande (2), si des personnes qui se sont associées et ont effectué des mises

(1) V. WEBER, *Op. cit.*, § 75-77.

(2) DUVERGIER, *Contrat de société*, n° 31.

pour faire un commerce de contrebande, auront contre le dépositaire des fonds une action en répétition; et bien que la cause du *dare* soit illicite, le jurisconsulte enseigne que dans son opinion la répétition doit être admise. En effet, malgré les lois sur la contrebande, l'infraction à la loi positive qui restreint la liberté commerciale, n'est pas envisagée comme un fait scandaleux et l'on peut dire en pareil cas avec la loi romaine : *potius nulla causa quam turpis esse videtur*.

Il y a donc à faire une distinction entre la *turpis causa* et la nullité de la cause. Cette distinction est souvent délicate et devient une question de fait, une question de mœurs.

Mais si nous admettons, d'après l'exemple de la L. 5, D. XII, 7, que la répétition de ce qui a été donné pour une cause illicite peut avoir lieu toutes les fois que pour démontrer la nullité de l'obligation, il n'y a pas de scandale à invoquer cette cause, nous pensons que Marcadé (sur l'art. 1331) est allé beaucoup trop loin, lorsque s'écartant de la doctrine de Pothier et des meilleurs jurisconsultes modernes : Toullier, Duranton, Duvergier, il prétend que le Code a abrogé le principe du droit romain : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Si nous devons admettre son système, nous devrions regretter de voir un principe aussi moral écarté de notre législation, mais il n'en est rien, et les arrêts mêmes que M. Marcadé cite, et dont il tire une conclusion trop générale et trop absolue, ne font que confirmer la distinction que nous avons établie.

On sait qu'en France la loi autorise la vente des charges d'avoués et de notaires, mais qu'en même temps elle exige, dans un intérêt d'ordre public, que les traités qui opèrent la transmission des offices, soient communiqués à l'autorité, et qu'elle prononce la nullité, sans exception, de toutes les contre-lettres par lesquelles un supplément de prix aurait été stipulé en dehors du prix apparent. De là est née la question de savoir si le paiement de ce supplément de prix volontairement effectué par l'acquéreur est absolument nul et sujet à répétition. Après quelques variations, la jurisprudence des cours de France a admis l'action en répétition de choses données en exécution de ces conventions

tacites (1). Marcadé invoque ces arrêts en faveur de sa doctrine, comme s'ils décidaient qu'on peut répéter ce qu'on a payé dans un but honteux. Mais au fond pourquoi admettent-ils la répétition? Précisément parce que ces contre-lettres, bien qu'elles soient prohibées par la loi, ne constituent cependant pas un fait grave, un fait de nature à donner du scandale. Les cours de France ont pu se dire avec Papinien : *potius nulla, quam turpis causa esse videtur*. Qui ne voit la différence entre un cas pareil et celui où le complice d'un crime ou d'un délit viendrait répéter devant la justice la prime payée pour la perpétration d'un acte scandaleusement immoral? Qui ne voit quel danger il y aurait à abandonner les principes consacrés en cette matière par le droit romain, et la doctrine des meilleurs auteurs?

(1) Voyez arrêts de la Cour de cass. de France, 1^{er} mars, 30 juillet, 1^{er} août 1844, 17 déc. 1845, 5 janvier et 10 février 1846. — Nîmes, 10 mai 1847. — Devilleneuve, 1844, I, p. 582, 584; 1845, I, p. 184; 1846, I, p. 116, 118, 137; 1847, II, p. 147.

CHAPITRE III.

DE LA CONVENTION. — NOTIONS GÉNÉRALES.

Sommaire.

- 48. Qu'appelle-t-on convention? — Valeur de la promesse ou offre non acceptée. — Quand et par qui peut se faire l'acceptation?
- 49. Le contrat qui se forme par correspondance est parfait dès l'instant de l'acceptation, bien que celle-ci ne soit pas encore parvenue au pollicitant. — Controverse.
- 50. De la forme de la convention. — Du cas où une forme solennelle est exigée et de celui où les parties conviennent de rédiger le contrat par écrit. — L'existence du contrat dépend-elle de cet écrit.
- 51. De la convention *de ineundo contractu*.

48. La convention est le consentement ou l'accord de deux ou de plusieurs volontés sur un même objet, *duorum in idem placitum consensus*. Cet accord consiste en ce qu'une personne promet à une autre qui accepte, de donner ou de faire une chose licite et à laquelle l'acceptant soit intéressé. La promesse et l'acceptation peuvent être réciproques ou simples, d'où la distinction en conventions synallagmatiques et conventions unilatérales, distinction déjà expliquée plus haut.

De ce que l'existence de la convention suppose un accord, un concours de volontés, il suit que tant que la promesse ou l'offre n'est pas acceptée, il n'y a pas de convention. Par conséquent l'auteur de l'offre demeure libre de la révoquer, à moins qu'il n'ait renoncé à cette faculté pour un certain temps, dans le but de laisser à l'autre partie le temps de réfléchir, et que cette renonciation n'ait elle-même été acceptée par cette autre partie. Pour qu'une offre puisse être acceptée de manière que l'auteur en soit lié, il ne suffit donc pas que l'offre ait été faite, il faut que celui-ci

y ait persévéré jusqu'au moment de l'acceptation; de là ces deux conséquences :

1° Si l'auteur d'une offre ou d'une promesse meurt avant qu'elle ait été acceptée, elle ne pourra plus l'être : *Mortui non est voluntas*. Les deux volontés qui auraient dû s'unir pour former la convention, ne peuvent plus se rencontrer; par conséquent les héritiers de l'auteur de l'offre ne seront pas liés par l'acceptation de celui à qui l'offre a été adressée.

2° De même si celui à qui une promesse a été faite est mort avant qu'elle ait été acceptée, elle ne pourra l'être par ses héritiers, car le principe que l'on promet et que l'on stipule pour soi et ses héritiers, ne reçoit application que lorsque la stipulation est parfaite, lorsqu'elle est sanctionnée par l'offre et l'acceptation (1).

Lors donc que l'auteur de l'offre ou que celui à qui elle a été adressée meurt avant l'acceptation, c'est comme si rien n'eût été fait, il n'existe pas de lien, rien n'est transmissible aux héritiers, il faut une offre nouvelle pour que l'acceptation puisse former le contrat.

Il n'est pas nécessaire que l'acceptation suive l'offre immédiatement. En règle générale, celle-ci peut être acceptée aussi longtemps qu'elle n'a pas été retirée ou révoquée. Dans certains marchés cependant, le retard apporté à l'acceptation fera regarder celui à qui l'offre a été faite, comme l'ayant implicitement repoussée; et après un certain délai l'offre sera comme non avenue, n'eût-elle pas été formellement retirée. Un négociant offre à un marchand des denrées qui ne se débitent que pendant quelques mois de l'année; le marchand ne répondant pas dans un délai moral, le négociant vend à un autre; puis celui à qui l'offre a été faite accepte tardivement : une telle acceptation n'engagerait plus en général l'auteur de l'offre. Dans de pareils cas, on se trouve devant une question de fait qui doit se décider suivant les usages commerciaux, les circonstances du fait, et la bonne ou la mauvaise foi des parties. L'auteur de l'offre a-t-il vendu à un autre pour

(1) WOLF, *Jus nat.*, t. III, § 716. — TOULLIER, t. VI, n° 31. — DURANTON, t. X, n° 69.

recevoir un prix plus élevé, ou bien l'a-t-il fait parce qu'il y avait péril à attendre et qu'il devait considérer le retard comme un refus? telle sera le plus souvent, la question que le juge aura à examiner.

49. Au cas où des offres sont faites par écrit, se présente la question de savoir si la convention doit être considérée comme parfaite dès l'instant où les offres ont été acceptées, ou seulement dès celui où l'acceptation est parvenue à la connaissance du proposant.

Nous pensons avec Pothier que la convention par lettres est parfaite dès l'instant de l'acceptation, que partant l'auteur de l'offre ne peut plus se dédire, l'acceptation ne fût-elle pas encore parvenue à sa connaissance (1). Toutefois nous exigeons avec Duvergier que l'acceptation soit donnée dans des circonstances telles qu'elle soit réellement irrévocable pour l'acceptant.

Voyons les raisons invoquées de part et d'autre :

Dans l'acceptation donnée par une lettre missive, dit Merlin, la lettre fait l'office d'un procureur que j'envoie pour déclarer mon acceptation. Je puis révoquer mon procureur, je puis donc aussi révoquer ou retirer ma lettre tant qu'elle n'est point parvenue au destinataire.

M. Troplong n'a guère fait que reproduire le même argument quand il a dit : Une lettre contenant acceptation d'une offre, tant qu'elle n'est point parvenue à l'auteur de l'offre, n'est qu'un *propositum in mente retentum*, donc elle n'engage pas, et il n'y a pas convention par la seule acceptation.

Toullier a principalement argumenté de l'art. 952 du Code civil, qui, lorsque l'acceptation du donataire n'a pas lieu dans l'acte de

(1) Sic : DE WENING, *Arch. f. civ. Pr.*, t. II, 25. — POTHIER, *Vente*, § 33. — DURANTON, XVI, 45. — DUVERGIER, *Vente*, 54. — ZACHARIÆ, § 343. — MARCADÉ, art. 1108. — *Revue des Revues de Droit*, I, 73, et VII, 168. — *Belgique judiciaire*, VII, 641.

Contra : HASSE, *Rhein. Mus.*, II, 371. — MERLIN, Rép., v° *Vente*, § 1, art. 3. — TOULLIER, VI, 29. — TROPLONG, *Vente*, 23; *Louage*, 105. — PARDESSUS, *Droit comm.*, I, 250. — MATNZ, *Éléments de Droit romain*, II, p. 100, n° 33.

donation même, requiert que cette acceptation, faite par acte authentique, soit notifiée au donateur, et décide qu'elle n'aura d'effet que du jour de cette notification.

Avant de répondre à ces arguments, voyons à quels résultats conduirait le système qu'ils tendent à faire prévaloir.

Lorsque celui qui a accepté une offre, meurt, dit Troplong, ou qu'il révoque son acceptation avant qu'elle soit parvenue à l'auteur de l'offre, il n'y a pas de contrat, car le consentement du pollicitant interviendrait seul et sans réciprocité de la part de son correspondant. Il faut donc d'après ce jurisconsulte, que celui à qui l'offre est faite persévère dans son acceptation, et l'auteur de l'offre, dans son offre, jusqu'au moment où l'acceptation est parvenue à la connaissance de ce dernier.

Nous ne saurions adopter ce système d'une manière absolue, nous ne saurions non plus le repousser absolument comme l'ont fait quelques auteurs, entre autres Marcadé. Si l'acceptation était donnée de telle sorte qu'il fût au pouvoir de l'acceptant de la révoquer, si la lettre était par exemple remise à un messenger qui serait devancé auprès du pollicitant par un autre qui répudierait l'offre, il serait inique qu'il y eût contrat à partir de l'acceptation. Ce serait impossible, car de fait l'acceptant pourrait retirer son consentement, ce qui répugne à l'idée de contrat et d'obligation; ce serait inique, car dans cette hypothèse l'auteur de l'offre serait tenu à partir du moment de l'acceptation, tandis que l'acceptant ne le serait point. Mais une telle hypothèse qui laisse à l'acceptant la faculté de retirer ou de révoquer son acceptation avant qu'elle soit parvenue à l'auteur de l'offre, doit se présenter rarement dans l'état actuel de nos relations commerciales. Il convient toutefois d'en tenir compte comme d'une éventualité possible, à laquelle, si elle se réalisait, il faudrait appliquer le système défendu par Troplong et Merlin, en décidant qu'il n'y a de contrat parfait, dans ce cas, que dès l'instant où l'acceptation est parvenue à la connaissance de l'auteur de l'offre. Mais nous nous empressons d'ajouter avec Duvergier que si la lettre d'acceptation a été confiée à la poste, d'où elle ne peut plus être retirée, où elle cesse d'être la propriété du souscripteur pour appartenir

au destinataire (1), si en un mot l'acceptation a été donnée de telle sorte qu'elle soit pour l'acceptant irrévocable, la même équité que nous venons d'invoquer, exige que l'auteur de l'offre soit obligé dès l'instant où la lettre a été confiée à la poste, parce que c'est dès cet instant que l'acceptant n'a plus le pouvoir de se départir du contrat. Dans une telle hypothèse, qui est sans contredit celle qui se présente le plus souvent, il est évident que les arguments de Merlin et de Troplong doivent complètement échouer. La lettre confiée à la poste ne saurait être assimilée, ni au mandat donné à un messenger, et qui demeure révocable, ni à un *propositum in mente retentum*. Le consentement donné par l'acceptant est en fait irrévocable, il est en quelque sorte le droit et la propriété du pollicitant. Donc on ne saurait prétendre que l'offre n'est point irrévocablement acquise à l'acceptant, sans consacrer une flagrante iniquité.

On objecte cependant que l'offre peut être révoquée tant qu'elle n'est pas connue et acceptée, que l'acceptation doit donc aussi pouvoir être révoquée tant qu'elle n'est point parvenue à l'auteur de l'offre. Cet argument n'est en définitive qu'une pétition de principe. Évidemment l'offre peut être révoquée tant qu'elle n'a pas été acceptée, car l'offre ne saurait constituer à elle seule, le contrat. Mais dire que l'acceptation peut aussi l'être, c'est affirmer précisément ce qui est en question. Pour être conséquent il faudrait à la fois exiger pour la formation du contrat, et que l'acceptation fût connue de l'auteur de l'offre, et qu'elle fût acceptée par lui. Mais, demande M. Marcadé, où s'arrêterait-on dans cette nécessité, pour chaque partie, de connaître la pensée actuelle de l'autre?

Dira-t-on peut-être qu'on ne peut être lié par un contrat qu'on ignore? répètera-t-on avec Toullier qu'une volonté qui n'est pas connue est comme si elle n'existait pas? Nous répondrions que cette proposition repose sur une équivoque et nullement sur un axiome de droit. Pour énoncer une règle incontestable, Toullier eût dû dire : Une volonté non exprimée, non manifestée, est

(1) V. L. 63, D. XLI, 1.

comme si elle n'existait pas, ou comme dit la loi romaine en appliquant cette règle en matière de répression : *Cogitationis poenam nemo patitur*. Mais à l'encontre de la prétendue règle de Toullier, le § 6, Inst. III, 16, porte : *Quae per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint*, ce qui s'applique parfaitement à l'acceptation confiée à la poste, et certaine, quoique inconnue encore de l'une des parties. D'après les mêmes principes, l'article 1290 du Code civil décide que la compensation s'opère *ipso jure* à l'insu même des débiteurs; et l'article 1121 se rattache encore plus directement à notre système, en décidant que la stipulation qui est faite valablement par un tiers (étant la condition d'une stipulation pour soi, ou d'une donation faite à autrui), devient irrévocable du moment que le tiers l'accepte sans qu'il soit exigé que l'acceptation parvienne à la connaissance du stipulant. Il est ainsi démontré que l'art. 952 du Code civil, relatif aux donations et invoqué par Toullier, consacre des formalités tout exceptionnelles et confirme, plutôt qu'il ne combat, le principe que nous venons d'établir *à priori*.

La convention qui se fait par correspondance est donc, en règle générale, parfaite par l'acceptation et dès l'instant où celle-ci est devenue irrévocable. L'équité l'exige ainsi, l'article 1121 du Code civil est rédigé dans ce sens, et si l'article 952 sur les donations requiert une notification, c'est que pour les motifs que nous avons déjà indiqués, le législateur français, fidèle à l'esprit de l'ancien droit, s'est plu à accumuler dans cette matière les formalités et les déchéances qui doivent rendre les donations moins fréquentes (1).

50. En droit romain la convention pour sortir tous ses effets civils, devait en général être revêtue de la forme de la stipulation. Néanmoins lorsque quelque solennité extraordinaire était prescrite par les lois ou convenue entre parties, la stipulation même, ou le consentement dans les cas où il constituait le contrat, n'en-

(1) La jurisprudence des arrêts n'est point fixée sur la question. L'arrêt de Rouen du 15 avril 1813, rapporté par Merlin, Rép., v° *Vente*, § 1, art. 3 (5^e éd., t. XXXVI, p. 43), est plutôt contraire que favorable à son système. Mais la question est plus explicitement tranchée à notre sens, par un arrêt de la Cour du Banc du roi, rapporté dans la *Revue du Droit français et étranger*, 1844, p. 700.

gageait pas les parties, si la forme solennelle, imposée par la loi ou par la convention, n'était pas accomplie. Ainsi la donation, pour autant qu'elle dépassait 500 *solidi*, était nulle si elle n'était pas insinuée devant le magistrat. De même lorsque les parties avaient fait dépendre la validité d'un contrat, de la rédaction d'un acte public ou privé, ce contrat n'était parfait que par la perfection et l'entière consommation de l'acte (1).

L'intention de faire dépendre le consentement, d'un acte écrit, peut être expresse ou tacite. Lorsque les parties, sans avoir dit formellement que le contrat devait dépendre de l'écrit, ont dès le principe parlé de dresser ou de faire dresser un acte, on peut y voir, suivant les circonstances, la volonté de subordonner le contrat à l'acte écrit (2). Si au contraire après avoir fait une convention, les parties disent simplement qu'acte en sera dressé, cet acte selon leur intention ne doit servir qu'à prouver la convention, qu'à en assurer l'exécution, et non pas à en consommer l'existence. Mais dans le doute qui peut régner sur l'intention des parties, comme la convention consiste dans le consentement, et qu'en général le consentement verbal et même tacite suffit, l'on doit admettre que l'écrit ne doit intervenir que pour constater la convention, sauf la preuve du contraire (3).

31. En droit romain, un contrat que les parties, au moment de la convention, étaient convenues de rédiger par écrit, n'était parfait que lorsque l'acte en était dressé. Il faut pourtant se garder d'en conclure, comme le remarque Mühlenbruch (4), que la convention même, par laquelle les parties s'étaient engagées à passer un contrat, fût inefficace. Pourvu que cette convention, *conventio seu pactum de ineundo contractu*, eût été revêtue de la forme de la stipulation (par exemple je stipule que vous me prêterez telle somme, que vous accepterez tel dépôt), elle donnait droit à une *condictio incerti* tendant à obtenir le *mutuum* ou les dommages et intérêts. Mais le simple pacte *de ineundo mutuo* n'aurait pas produit d'action.

(1) L. 17, C. IV, 21. — L. 24, C. VIII, 34.

(2) VINNIES, ad. Pr., Inst. III, 23. — POTHIER, *Contrat de rente*, n°...

(3) VINNIES, *Inst.*, l. c.

(4) MÜHLENBRUCH, *Doct. Pandect.*, § 331, in fine.

CHAPITRE IV.

DE LA RÈGLE QU'ON NE PEUT STIPULER POUR AUTRUI.

Sommaire.

52. De la représentation dans les actes juridiques. — *Actus juris civilis; actus juris gentium.* — Dans ces derniers la présence des parties contractantes n'était pas requise.
53. Office du *nuncius*. — Règle *alteri stipulari non possumus*, commune aux contrats *juris gentium*. — Le mandataire devait contracter en son propre nom, sauf à céder son action au mandant.
54. Système différent du Code civil. — Pourquoi il y est dit qu'on ne peut en son nom stipuler pour autrui.
55. Motif de la règle *alteri stipulari non possumus*.
56. Des prétendues exceptions à la règle : *Alteri stipulari non possumus*. On peut stipuler pour autrui lorsqu'aucun tiers n'est grevé, ou lorsque soi-même on a intérêt à la validité de la stipulation.
57. L'intérêt du stipulant peut exister au moment même de la stipulation.
58. Ou bien il peut naître de la stipulation.
59. Ce n'est pas stipuler au profit d'un tiers que de stipuler au profit de celui qui exerce la puissance, ou de ceux qui y sont soumis, ou au profit de son héritier.
60. Effets de la stipulation faite au profit d'un seul des héritiers. — La stipulation *obligatoire* et divisible profite à tous les héritiers; la stipulation d'une chose indivisible ne profite qu'à l'héritier désigné, de même que la stipulation *libératoire*.
61. On peut stipuler pour un tiers : 1° lorsque la promesse se fait *ex re stipulantis*, ou 2° lorsqu'elle fait obtenir au tiers *rem suam*.
62. Exemples de stipulations pour un tiers *ex re nostrâ non ex re promittentis* :
 - a) Mode ajouté à une donation. — Quelle est l'action qui appartiendra au tiers?
63. b) Prêt fait au profit d'un tiers. — Le tiers aura la *condictio certi ex mutuo*. — L. 9, § 8, D. XII, 1, expliquée.
64. c) Vente d'un fonds avec réserve d'une servitude au profit d'un tiers.
65. Applications de la règle que la stipulation pour un tiers est valable lorsqu'elle tend à lui faire avoir ou récupérer *rem suam*.
66. Résumé des numéros 52 à 65.

67. Les tuteurs, curateurs, syndics, mandataires, en contractant dans les limites de leur mandat, ne font pas exception à la règle, *alteri stipulari non possumus*. C'est pourquoi pour contracter valablement, ils doivent stipuler en leur propre nom, mais l'action doit être cédée, et passe même par transport légal à ceux qu'ils représentent.
68. Le droit français a rejeté cette rigueur inutile et admet qu'on stipule valablement au nom d'autrui, c'est-à-dire comme représentant d'autrui.
69. La stipulation : *vous payerez à moi ou à Titius* n'est pas une stipulation pour un tiers; elle implique un mandat *solutionis causâ* différent du mandat ordinaire.

52. Si nous recherchons les règles qui gouvernent les obligations en ce qui concerne les personnes qui sont liées par elles, nous rencontrons tout d'abord cette proposition *nemo alteri potest stipulari* qui, dans le sens qu'il faut y attacher, est particulière au droit romain, et dont application a soulevé parmi les auteurs des controverses et des difficultés sans nombre. Pour l'expliquer complètement, il est nécessaire que nous exposions d'abord les principes du droit romain en matière de représentation dans les actes.

Sous ce rapport nous devons distinguer dans l'ancien droit, deux espèces d'actes : a) les *actus juris civilis*, et b) les *actus juris gentium*; et parmi les premiers, les *actus legitimi* et les *actus non legitimi juris civilis*.

a) Les *actus legitimi*, tels que l'*hereditatis aditio*, la *tutoris datio*, l'*in jure cessio*, tous les actes où l'*in jure cessio* se présentait, ainsi que l'adoption, la manumission *vindictâ*, et l'émancipation qui se terminait par une manumission, actes qui tous se passaient devant le magistrat, n'admettaient aucune espèce de représentation. Le *pater familias* ne pouvait y être représenté ni par des tiers, ni par les personnes qu'il avait sous sa puissance. Ils n'admettaient non plus ni condition ni terme (1).

Les *actus non legitimi juris civilis*, ceux qui ne se passaient

(1) LL. 77 et 123, D. L., 17. — GAIUS II, 96. — A la loi 77 il faut lire *emancipatio*, au lieu de *mancipatio*.

pas devant le magistrat, *apud quem est legis actio*, dit la Loi 4, D. I, 7, n'admettaient pas de représentation par tierces personnes, mais bien par personnes qu'on avait sous sa puissance. Telles étaient la *mancipatio*, la *stipulatio* (1).

b) Les *actus juris gentium*, comme la tradition et les contrats *juris gentium*, admettaient la représentation par tierces personnes. Je pouvais acquérir la possession par des tiers, et au moyen de la possession, lorsqu'il y avait *justa causa*, la propriété. Je pouvais aussi former par un tiers, par un *nuncius*, un contrat *juris gentium*, de même que je pouvais contracter par lettres (2).

53. Il faut ici se garder de confondre deux choses distinctes : servir d'intermédiaire, de *nuncius*, à une partie dont on ne fait que rapporter le consentement; et contracter ou stipuler pour un tiers. Le *nuncius* ne fait que remplir en quelque sorte l'office d'une lettre, il ne fait que déclarer le consentement de celui qu'il représente, il ne contracte pas lui-même, c'est un autre qui contracte par son organe et qui acquiert directement l'action du contrat ou y est directement soumis.

C'est par le *nuncius* seul qu'on peut se faire représenter en droit romain. Dès que la personne qui nous représente en mandataire, contracte en son nom, elle ne nous oblige pas et ne nous acquiert directement aucune action : *alteri stipulari, alteri promittere non possumus*, dit la L. 38, § 17, D. XIV, 1.

Et ce principe qu'on ne peut stipuler ou promettre pour autrui, existe non seulement pour la stipulation, comme la Loi 38 pourrait le faire croire, mais même pour les contrats *juris gentium* qui admettent la représentation par *nuncius*. La L. 11, D. XLIV, 7, dit en termes généraux : *Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt : et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus* : Qu'il s'agisse de stipulation

(1) L. 52, D. XLVI, 1. — GAIUS, II, 86, 87. — *Vaticana Fragmenta*, § 49.

(2) L. 6, C. IV, 50; — L. 1, § 11, D. XVI, 2; — L. 14, § 2, et L. 15, D. XIII, 5; — L. 2, D. II, 14; — L. 1, D. XVII, 1.

ou de vente, comme chacun ne peut contracter que pour soi, tout engagement, toute obligation doit avoir son principe dans celui qui contracte, sans quoi le contrat est inutile. Ce texte a en vue le mandat, il signifie que celui même qui a reçu mandat, par exemple d'acheter une chose, doit d'abord acheter pour lui, *ex persona ipsius contrahentis (mandatarii) res quae geritur obligationis initium sumat*, sauf à céder ensuite l'action à son mandant.

La L. 49, § 2, D. XLI, 2, nous fournit une application de ce principe. Il y est question d'un achat fait par mandataire. Le jurisconsulte compare l'acquisition, soit de la possession proprement dite, soit de la possession *ad usucapionem*, à l'acquisition d'un droit de créance. S'il ne s'agit que de la possession proprement dite, enseigne Papinien, je l'acquiers par mon procureur, même à mon insu; s'il s'agit de l'usucapion, je ne suis en condition d'usucaper que lorsque j'ai appris que mon procureur a acquis la possession pour moi. Dans tous les cas j'acquiers la propriété directement. En est-il de même de l'action en éviction? Cette action m'est-elle aussi directement acquise par mon mandataire? Nullement; la vente n'a pu se parfaire qu'au nom du *procurator*. Lui seul a pu acquérir l'*actio emti* en éviction, et cette action, pour que je puisse l'exercer, doit m'être cédée par lui. D'après ce texte donc, qu'il s'agisse soit de stipulation, soit de contrat *juris gentium*, nous ne pouvons stipuler pour un tiers, lors même que nous sommes son mandataire. Dans ce cas, c'est encore en notre nom que nous devons contracter, c'est en nous que nous devons placer le principe de l'obligation, sans quoi le contrat est nul.

34. Le Code civil a aussi consacré le principe qu'on ne peut stipuler pour autrui, mais il admet que le mandataire peut, dans les limites de son mandat, stipuler pour le mandant et l'engager directement lorsqu'il fait connaître son mandat à la personne avec qui il contracte. En droit moderne on peut donc stipuler pour autrui lorsqu'on est mandataire et qu'on stipule *au nom* d'autrui. C'est par ce motif que le Code, au lieu de reproduire la règle du droit romain : *alteri stipulari nemo potest*, consacre la règle diffé-

rente : on ne peut EN SON NOM stipuler que pour soi (art. 1119). On peut en effet au nom d'autrui stipuler pour autrui, d'après l'art. 1997, lorsqu'on est fondé de pouvoirs. Au contraire, en droit romain le mandataire lui-même ne pouvait stipuler pour son mandant; et s'il y avait des cas où le mandant pouvait agir *ex contractu mandatarii utiliter*, sans qu'il y eût cession d'action, ce qui se pouvait même généralement selon plusieurs auteurs, il fallait toujours et avant tout, pour qu'il pût agir, que le contrat fût valide, c'est-à-dire que le mandataire eût contracté en son nom, que le contrat eût son principe dans sa personne, *ex mandatarii personâ initium sumat* (1).

55. Pourquoi ne peut-on stipuler pour autrui tandis qu'on peut cependant rendre meilleure la condition d'un tiers? On peut rendre meilleure la condition d'un tiers, on peut payer pour autrui, parce qu'en le faisant on ne grève personne, tandis qu'en stipulant pour un tiers, non seulement on voudrait lui créer un intérêt, mais on grèverait une autre personne, en vue de cet intérêt. Or les lois ne nous permettent de grever les autres que dans notre propre intérêt; elles n'admettent pas que nous puissions grever une personne sans que nous y soyons intéressés nous-mêmes. Admettre la force obligatoire des conventions faites dans le seul intérêt des tiers, c'eût été permettre que les conventions s'étendissent et se multipliasent au-delà des besoins réels, c'eût été affaiblir leur autorité et compromettre la foi donnée (2).

56. Lorsqu'on ne se rend pas compte du fondement de la règle : *alteri stipulari non possumus*, on est forcé d'admettre des exceptions dont le motif demeure aussi obscur que celui de la règle même (3). Le Code civil a essayé de comprendre ces exceptions sous les dispositions de l'article 1121 : *On peut stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on*

(1) L. 11, D. XLIV, 7.

(2) H. DONELLI, *Comment. juris. civ.*, Lib. XII, cap. 16, fol. 586-587 (éd. 1826).

(3) On peut voir l'énumération de ces exceptions dans MÜHLERBACH, *Traité de la Cession*, p. 95. — L'auteur, qui selon nous a le mieux expliqué la théorie du droit romain sur cette matière, est DONELLUS, l. c.

fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Duranton a fort bien montré que toutes les exceptions ne sauraient être comprises dans cet article (1).

Mais si l'on ne perd point de vue cette autre règle, qu'on peut rendre meilleure la condition d'un tiers, on reconnaîtra que pour énoncer la règle : *alteri stipulari nemo potest*, d'une manière plus explicite, et qui fasse disparaître ce grand nombre d'exceptions, ou peut la formuler en ces termes : on ne peut stipuler pour autrui, toutes les fois que cette stipulation aurait pour effet de grever un tiers. D'où il suit qu'on peut stipuler pour autrui :

1° Lorsqu'aucun tiers n'est grevé par l'effet de la stipulation;

2° Lorsqu'on a soi-même un intérêt appréciable à ce que la stipulation soit valable, parce qu'en réalité on stipule pour soi. Intérêt personnel de celui qui stipule, absence de charge pour un tiers, tels sont les deux principes auxquels nous allons voir se rattacher tous les cas qu'on a regardés, à tort, comme exceptions à la règle qui nous occupe.

37. La stipulation pour un tiers est valable lorsque le stipulant lui-même a un intérêt appréciable à prix d'argent, à ce qu'elle le soit. Ici plusieurs cas peuvent se présenter.

a) Avant d'avoir stipulé, le stipulant pouvait avoir un intérêt à ce que la stipulation qui intervient pour un tiers, fût obligatoire; par exemple, le stipulant a un créancier et il stipule que Titius payera ce que lui stipulant doit à ce créancier, en d'autres termes il délègue Titius. Quoique dans la forme il y ait stipulation pour un tiers, il n'est pas moins sensible que la stipulation est faite dans l'intérêt du stipulant, puisqu'elle doit le libérer. Il en est de même si je stipule pour mon procureur, pour mon comptable (2). Il en est de même encore si je stipule pour l'absent dont j'ai entrepris la gestion d'affaires, car étant constitué gérant et devenu responsable, je suis intéressé à ce que les affaires de l'absent ne demeurent pas en souffrance. La stipulation faite pour un absent est donc valable en ce sens qu'elle oblige le promet-

(1) DURANTON, I. X, n° 235 (éd. fr.).

(2) L. 30, §§ 21 et 23, D. XLV, 1.

tant envers le stipulant, si l'inexécution du mandat donné a causé un préjudice à l'absent. Ainsi le décide la L. 8, § 6, D. XVII, 1 : *Mandavi ut negotia gereres; si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit, nulla actio est : aut si alius idonee gesserit, cessat mandati actio* (1). Il suit de là que Pothier a tort de dire que par cela seul que je donne mandat pour un tiers je me constitue gérant d'affaires, et que je me trouve intéressé à ce que la stipulation s'exécute (2). Si cela était vrai, il s'en suivrait, comme le remarque Duranton (3), que la stipulation au profit d'un tiers serait toujours valable, conséquence inadmissible qui suffit pour condamner l'opinion de Pothier.

Mais Duranton lui-même fait sur la validité du mandat donné dans l'intérêt d'un tiers, une distinction encore moins acceptable lorsqu'il dit : Si le mandat donné dans l'intérêt d'un tiers est exécuté ou a reçu un commencement d'exécution, le mandataire promettant est tenu envers le mandant, parce que la gestion même a obligé le mandant envers l'absent; mais tant que le mandataire n'a pas exécuté le mandat, personne n'est tenu. Cette distinction est directement contraire au principe qu'on ne saurait impunément violer la foi donnée. Le mandat est un contrat qui se parfait par le seul consentement, donc le mandataire est obligé. Mais il n'est tenu de l'inexécution qu'autant que les affaires de l'absent qui lui ont été mandatées, sont demeurées en souffrance,

(1) Comp. le § 3 de la même L. 8, D. XVII, 1.

(2) Voyez son traité des Obligations, n° 39, où il cite cet exemple : « Quand même avant le marché fait avec le maçon pour la reconstruction de la maison de Jacques, je n'aurais pas été obligé envers Jacques à lui reconstruire sa maison, et que je n'aurais par conséquent aucun intérêt personnel à cette reconstruction, néanmoins comme par ce marché que j'ai fait, je gère les affaires de Jacques et que je lui deviens en conséquence comptable de cette gestion, dans le temps même de la convention, que j'ai avec le maçon pour la construction de la maison, je commence à avoir intérêt à cette reconstruction dont je suis comptable envers Jacques, d'où il suit que même en ce cas je suis censé stipuler pour moi plutôt que pour Jacques, et que la convention est valable puisque j'ai un intérêt personnel que le maçon fasse bien ce que j'ai stipulé de lui. »

(3) DURANTON, t. XIII, n° 320.

ainsi que le dit si bien la L. 8, § 6, D. XVII, 1, car sans intérêt, pas d'action. Si les affaires de l'absent ne sont pas restées en souffrance par l'inexécution du mandat, on rentre dans la règle : *alteri stipulari non possumus*, car alors le mandat lui-même, qui s'est constitué gérant d'affaires, n'est pas tenu. Donc il n'a pas d'intérêt à ce que la stipulation qu'il a faite pour l'absent soit valable : *cæterum si nihil interest cessat mandati actio*, dit la L. 8, § 6, D. XVII, 1.

38. b) L'intérêt qu'a le stipulant à l'exécution de la stipulation peut aussi être créé par la stipulation même. Je stipule, par exemple, pour Titius que vous lui construirez une maison, et en cas d'inexécution, que vous me payiez 1000 fr. Supposé même que je n'aie aucun intérêt à ce que la maison se construise, je suis cependant intéressé à ce que la stipulation soit considérée comme valable; car si le promettant n'élevait pas la maison, j'aurais une action pour réclamer les 1000 francs (1). C'est le cas de la première hypothèse de l'art. 1121 : stipulation faite pour un tiers, qui est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même. — Dirait-on peut-être ici que la stipulation principale étant nulle, la clause pénale ne saurait avoir d'effet? Il en serait ainsi si la stipulation pour le tiers était réellement la stipulation principale, mais il est facile de voir qu'au fond elle ne l'est pas. Ce que je stipule au profit de Titius n'est que la condition de la stipulation que je fais pour moi-même, puisque votre promesse se réduit à celle-ci : « Je vous paierai 1000 fr. si je ne construis une maison à Titius » (2).

Si je stipule pour un tiers et pour moi, la stipulation sera valable pour la moitié si la chose est divisible, car *utile per inutile non vitiatur*. Si la stipulation était d'une chose indivisible, d'une servitude par exemple, elle ne pourrait être valable, ni pour le tout, puisqu'on ne peut stipuler pour autrui, ni pour la moitié seulement, puisque la servitude ne peut s'acquérir par moitié. Le stipulant eût-il mandat à l'effet de stipuler la servitude, il n'en

(1) L. 38, § 17, D. XLV, 1.

(2) DONELLUS, *Comm. jur. civ.*, L. XII, c. 18.

serait pas autrement, car dans les stipulations on ne peut se faire représenter par un *extraneus*.

59. c) Si la stipulation pour un tiers est valable lorsque le stipulant y est intéressé, à plus forte raison le sera-t-elle lorsqu'il y a unité de personne entre le stipulant et celui pour lequel il a stipulé. On ne peut plus dire qu'il y ait stipulation pour un tiers lorsque le fils ou l'esclave stipule pour celui qui exerce la puissance, ou que le père stipule pour le fils (1).

Ce n'est pas non plus stipuler pour un tiers que de stipuler pour son héritier. Dans l'ancien droit, il est vrai, la règle de la L. 11, D. XLIV, 7, que le commencement de tout engagement devait se rapporter à la personne du stipulant, fut si rigoureusement observée que l'engagement, à défaut d'avoir été rapporté au stipulant, ne pouvait pas même commencer dans la personne de son héritier (2). Mais d'après les lois de Justinien, la stipulation : *post mortem meam dari*, fut déclarée valable, quoique faite seulement au profit des héritiers du stipulant. On pouvait donc, depuis Justinien, stipuler pour ses héritiers alors même que l'on n'aurait pas nommément stipulé pour soi (3).

60. De cette faculté de stipuler pour ses héritiers sans stipuler pour soi, est née la question de savoir quel est l'effet d'une stipulation faite au profit d'un seul de ses héritiers, question que les textes résolvent par des distinctions. Pareille stipulation est considérée comme faite pour l'hérédité, et comme celle-ci se divise de plein droit d'après la Loi des XII Tables, entre tous les héritiers, on arrive à cette conséquence que la stipulation faite au profit d'un seul des héritiers profite, en général, à tous à raison de leurs parts héréditaires. *Quod dari stipulamur*, dit la L. 157, § 8, D. XLV, 1, *non potest per nos uni ex heredibus acquiri, sed necesse est acquiri omnibus*; et par une conséquence ultérieure, Papinien à la loi 40,

(1) L. 38, § 17, et L. 39, D. XLV, 1. — Voyez MUEHLKEBRUCH, *Doct. Pand.*, § 332, note 3.

(2) L. 1, C. IV, 11. — L. 11, C. VIII, 28. — § 3, Inst. 3, 28.

(3) L. 10, D. XXIII, 4. — L. 38, § 12, D. XLV, 1. — Art. 1122 et 1514 du Code civ. — Comp. MARCADE, IV, p. 400. — DURANTON, X, n° 260 (éd. fr.)

§ ult., D. II, 14, décide que celui qui a stipulé au profit de son frère, héritier présomptif lors de la stipulation, et depuis a eu des héritiers directs, aura fait une stipulation qui profitera à ces derniers. Mais si la stipulation faite au profit d'un seul héritier a pour objet une chose indivisible, ou un droit qui s'éteint par la mort de cet héritier, un droit d'usufruit, cet héritier seul profitera de la stipulation (1). Toutefois, si la chose avait été stipulée à titre onéreux, l'héritier serait obligé au rapport, à moins d'en avoir été expressément dispensé (2). Le motif en est, quant aux choses indivisibles, que la règle de la Loi des XII Tables ne saurait s'y appliquer, et quant à l'usufruit qui est divisible, qu'en matière de contrats, il n'y a pas lieu au droit d'accroissement. L'usufruit devant s'éteindre par la mort de l'héritier sur la tête duquel il a été constitué, ne peut être que l'usufruit de cet héritier.

Si la stipulation faite au profit d'un seul héritier est libératoire, si l'on a stipulé la remise d'une dette, on se trouve dans le cas d'une exception apparente au principe *alteri stipulari nemo potest*. Mais par l'effet d'une telle stipulation, personne n'est grevé. Or d'après ce que nous avons déjà indiqué plus haut, on peut dans ce cas stipuler pour un tiers. La remise stipulée pour un seul héritier est donc valable et libère cet héritier pour la part qu'il devait prendre dans la dette (3). Toutefois, si cette remise a été obtenue à titre onéreux, il y a également lieu à rapport, à moins de dispense expresse (4).

61. La remise stipulée pour un seul héritier nous conduit à l'examen de cet autre principe, qu'on peut stipuler pour un tiers lorsqu'aucun tiers n'est grevé; car à condition de ne grever personne, on peut toujours rendre meilleure la condition d'autrui. De là deux conséquences :

1° On peut stipuler pour un tiers, lorsque l'émolument que la stipulation doit lui procurer a sa cause dans un sacrifice que l'on

(1) L. 137, § ult., et L. 38, § 12, D. XLV, 1.

(2) L. 17, C. VI, 20. — Art. 843 du Code civ.

(3) L. 38, D. II, 14.

(4) V. *Recitationes in L. libros Digest., ex lect. prof. Lovanii*, t. I, p. 70. — DURANTON, t. X, n° 260. — CUIJAS, ad L. 56, § 1, D. XLV, 1.

fait soi-même, et que par conséquent le promettant n'en souffre pas, en d'autres termes, lorsque la stipulation pour le tiers a lieu *ex re stipulantis*, et non pas *ex re promittentis*. C'est ce que l'article 1121 du Code civil a exprimé en partie par ces mots : on peut stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une donation que l'on fait à un autre. Le donataire est ici le promettant.

1° On peut stipuler pour un tiers, lorsque celui-ci en vertu d'une cause préexistante avait déjà un droit acquis à la chose stipulée, ou pour nous exprimer d'une manière plus générale, lorsque la stipulation tend à faire obtenir au tiers *rem suam*.

Voyons l'application de ces deux propositions qui renferment dans ses véritables limites, la règle *alteri stipulari non possumus*.

62. Je puis, disons-nous, stipuler pour un tiers, lorsque l'événement que la stipulation doit lui procurer, a sa cause dans un sacrifice fait par moi-même; *cum stipulamur ex re nostrâ non ex re promittentis*. Il s'en suit :

a) Que je puis en faisant une donation, stipuler que le donataire restituera partie de la chose, ou donnera quelque autre chose à un tiers, ou bien qu'il lui donnera toute la chose après en avoir joui pendant un certain temps (1). C'est ce qu'on appelle un *mode* ajouté à la donation. Au fond, c'est une seconde stipulation que la loi ne soumet cependant pas à des formalités spéciales, parce qu'elle est renfermée dans la première, mais qui comme la première exige l'acceptation pour être parfaite et irrévocable ; d'où cette conséquence qu'elle peut être révoquée tant que le tiers ne l'a pas acceptée (2).

Le tiers qui a accepté acquiert directement une action *ex stipulatione alterius*, action appelée *utilis*, non pas que le stipulant soit censé la lui avoir cédée, mais parce qu'elle est introduite à l'exemple de l'action *ex testamento*, qui appartient au légataire pour réclamer son legs. En effet, le mode imposé dans une donation au profit d'un tiers est une *delibatio* d'une première donation,

(1) L. 45, D. XXIV, 3.

(2) L. 20, § 2, D. XXIII, 4. — Art. 1121 du Code civ.

comme le legs est une *delibatio hereditatis*. C'est ce qu'a très-bien démontré De Savigny contre Meyerfeld (1), qui avait envisagé l'action du tiers comme lui étant transmise par le stipulant, *in jure cessa*, en vertu d'une cession présumée. C'était là une grave erreur. Le donateur ne peut pas avoir lui-même l'*actio praescriptis verbis*, pour forcer le donataire à l'exécution du mode; car ce mode étant imposé au profit d'un tiers, le donateur n'a qu'un intérêt d'affection, il n'a pas d'intérêt appréciable à la validité de la stipulation. Comment dès lors une action pourrait-elle être transmise, lorsqu'on ne peut pas en concevoir l'existence dans le chef du transmettant? L'*actio utilis* est donc accordée directement au tiers, et elle est ainsi appelée, parce qu'elle fut introduite à l'exemple de l'action accordée à ceux au profit desquels des charges avaient été imposées, à des héritiers ou à des légataires, ou même à des donataires pour cause de mort, qu'on a pu grever comme des légataires.

63. b) Nous pouvons stipuler pour un tiers *ex re nostrâ, non ex re promittentis*. De là il suit encore que si je fais un prêt au profit d'un tiers, ce tiers acquiert directement la *condictio certi ex mutuo*, eût-il même ignoré le prêt, dit la Loi 9, § 8, D. XII, 1.

Les auteurs qui n'ont recherché ni le motif ni la véritable portée de la règle : *alteri stipulari non possumus*, n'ont su comment expliquer la Loi 9. On a eu recours au *constitutum possessorium*, on a dit : ce qui constitue le *mutuum*, c'est le transport de la propriété; or on peut transférer la propriété par un tiers, donc aussi acquérir la *condictio mutui* par un tiers. On a ajouté : celui qui prête son argent au nom d'un tiers transfère virtuellement, par constitut, la propriété au nom de ce tiers; il ne prête donc plus son argent, mais l'argent du tiers.

Cela serait exact si le tiers, instruit de ce qui se fait, y avait donné son consentement. Mais comment peut-on dire que la propriété lui soit acquise, alors qu'il peut ignorer ce qui se passe, comme le suppose la L. 9, § 8, D. XII, 1. Ainsi pour ceux qui ne

(1) VON MEYERFELD, *Traité des donations en Droit romain* (en all.), p. 422. — SAVIGNY, I. IV, p. 286.

rapprochent pas la règle *alteri stipulari non possumus* de la règle, qu'on peut rendre meilleure la condition d'un tiers si aucun autre tiers n'est grevé, ce texte est inexplicable; mais pour nous, qui tirons de ce rapprochement la conséquence générale qu'on peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque l'émolument qui doit lui être procuré provient *ex re stipulantis*, nous ne voyons dans la loi 9 qu'une application de la règle même, comme nous l'avons expliquée d'après ses vrais motifs. En effet, si le prêt fait au profit d'un tiers est valable, c'est que l'émolument qui lui est procuré provient *ex re stipulantis* et non *ex re promittentis*, c'est qu'il y a un tiers avantagé et pas de tiers grevé. Le tiers avantagé n'a donc qu'à accepter, il n'a qu'à intenter l'action *ex mutuo*, et le prêteur ne saurait révoquer à lui seul la disposition, car pour l'emprunteur la restitution au tiers est devenu un droit acquis.

64. c) Pareillement lorsqu'en vendant un fonds, on a réservé une servitude au profit d'un tiers, la stipulation sera valable, parce que c'est *ex re stipulantis* que le tiers au profit duquel la stipulation est faite, sera payé. Le stipulant, le vendeur, à raison de l'émolument qu'il a stipulé pour le tiers, a dû souffrir une diminution sur le prix; un tiers est donc avantagé sans qu'aucun tiers ne soit grevé (1).

65. On peut stipuler pour un tiers, avons-nous dit, lorsque la stipulation ne tend qu'à lui faire avoir ou recouvrer *rem suam*, parce qu'alors aucun tiers n'est particulièrement grevé. C'est pourquoi la Loi 8, C. III, 42, reconnaît la validité de la stipulation de celui qui, donnant en prêt ou en dépôt la chose d'autrui, stipule que la chose sera restituée au propriétaire; et que par suite, ce dernier, outre la revendication, pourra intenter directement la *condictio mutui*, si le prêt a été un prêt de consommation (2).

Par le même motif, la Loi 15, D. XIII, 7, reconnaît la validité de la stipulation par laquelle le créancier gagiste, réputé mandataire du débiteur, réserve à celui-ci le droit de reprendre la chose vendue si dans un certain temps il acquitte la dette. Telle clause aura pour effet de donner directement au débiteur qui paie, et la

(1) L. 6, § 3, D. VIII, 4.

(2) L. 9, § 8, D. XII, 1.

revendication, car la clause a un effet résolutoire comme le pacte de rachat sous le Code civil, et l'*actio in factum*, l'*actio utilis venditi* pour réclamer les dommages et intérêts au cas où l'acheteur, par sa faute, se trouverait dans l'impossibilité de faire la restitution.

Par le même motif, la L. 2, C. IV, 27, décide que le mandataire stipule valablement un gage au profit du créancier mandant, lequel acquiert directement *ex stipulatu mandatarii* l'action hypothécaire, cette stipulation n'ayant pour objet que de faire avoir au tiers créancier *rem suam*, c'est-à-dire le paiement de ce qui lui est dû. De même le mandataire peut sommer le débiteur de son mandant, de payer. Il acquerra ainsi directement au créancier mandant tous les droits qui naissent de la demeure. Ici encore il ne s'agit que de faire produire ses effets à un droit déjà acquis au tiers (1).

Par le même motif enfin, lorsque le propriétaire qui voit ses droits compromis par quelqu'entreprise du voisin, fait former opposition par un mandataire, cette opposition fait acquérir directement au mandant l'*interdictum quod vi aut clam; nam et hic*, dit Paul, *pristinum jus modo conservat* (2). Aueun droit nouveau n'est acquis au tiers, mais un droit déjà existant lui est conservé.

66. Si maintenant nous résumons les conséquences qui découlent des textes cités et des explications que nous y avons ajoutées, nous pouvons regarder comme établi :

1^o Que ce n'est pas stipuler pour un tiers que de stipuler pour une personne unie au stipulant par le lien de la puissance, ou pour son héritier; de même que ce n'est pas stipuler pour un tiers que de faire une stipulation à la validité de laquelle le stipulant a un intérêt appréciable, cet intérêt ne fût-il qu'éventuel.

2^o Que la stipulation pour autrui est valable alors même que le stipulant n'y a aueun intérêt appréciable, si elle doit avantager un tiers sans qu'aucun autre tiers soit grevé; ce qui a lieu a) lorsqu'elle a pour objet l'avantage qui doit être acquis au tiers, procède *ex re stipu-*

(1) L. 24, § 2, D. XXII, 1.

(2) L. 72, D. III, 3; — L. 3, D. XLIII, 24.

lantis; b) lorsque la stipulation ne tend qu'à faire avoir, récupérer ou conserver au tiers *rem suam*.

Telles sont les limites qui restreignent l'application de la règle : *alteri stipulari non possumus*, et étendent par conséquent la faculté naturelle de stipuler et de contracter.

67. Ainsi entendue, la règle ne souffre pas d'exception en droit romain, pas même dans les stipulations du tuteur concernant les biens du pupille. Lorsque le tuteur stipulait dans les limites de son administration, il devait le faire en son propre nom pour que la stipulation fût valable; mais l'action passait au pupille, même par transport légal, *actio utilis*. Il en était de même des curateurs, syndics et des mandataires en général, qui devaient tous stipuler en leur propre nom, sauf la cession même légale de l'action (1).

68. Ces principes n'ont point passé dans le droit français. Comme nous l'avons déjà indiqué, les tuteurs, curateurs, syndics, et en général tous mandataires n'y sont plus soumis à la règle *alteri stipulari non possumus*; ils stipuleront utilement pour celui qu'ils représentent, pourvu qu'ils stipulent en son nom. En droit moderne donc, on stipule valablement pour autrui, lorsqu'on le fait *au nom d'autrui*. C'est pourquoi l'art. 1119 du Code civil dit : on ne peut stipuler *en son propre nom* que pour soi-même.

C'est là la seule différence qui existe entre le droit romain et le droit moderne quant à la stipulation pour autrui.

69. La stipulation : *Promettez-vous de donner 10 à moi ou à Titius?* n'est pas une stipulation faite dans l'intérêt d'un tiers; elle laisse au débiteur le choix de payer ou au stipulant ou à Titius, mais ne procure à ce dernier aucun émolument. Titius est ici appelé *abjectus solutionis causâ*; il est une espèce de mandataire à l'effet de recevoir le paiement, mais non à l'effet de le poursuivre; il n'acquiert aucune action, il ne peut ni demander un cautionnement ni faire novation, ni compenser avec ce qu'il devrait au promettant, ni enfin poser aucun acte qui présuppose l'existence d'une obligation contractée avec lui. Le stipulant seul a une action contre le débiteur, en même temps qu'il a contre Titius l'*actio man-*

(1) 9, D. XXVII, 6. — 4, C. 11, 25.

dati utilis; il n'a donc stipulé que dans son propre intérêt et non pour le tiers. Le mandat de Titius pour recevoir le paiement a pour effet de laisser au débiteur, tant qu'il n'a pas été constitué en demeure, la faculté de payer, soit au créancier qui a stipulé, soit à l'*adjectus solutionis causâ*. Il ne peut être privé de cette faculté, ni par un changement de volonté du mandant, ni par sa mort, car les pouvoirs de l'*adjectus solutionis causâ* diffèrent en cela du mandat ordinaire, qu'ils ne peuvent être révoqués, et que la mort du mandant ne les fait point cesser.

Mais, conformément aux règles du mandat, le débiteur n'aurait plus, à la mort de l'*adjectus*, la faculté de payer valablement à ses héritiers. Le motif en est que le stipulant qui emploie un tiers ad-joint, a principalement en vue la facilité avec laquelle il pourra obtenir de ce même tiers les sommes payées à celui-ci par le promettant, facilité qui peut ne plus exister à l'égard des héritiers (1).

(1) On peut consulter sur cette matière BRANDIS, *Ueber den solutionis causâ adjectus* (Rhein. Mus., t. V, p. 237 seq.)

CHAPITRE V.

DES CHOSES ET DES FAITS QUI PEUVENT ÊTRE L'OBJET DES CONVENTIONS.

Sommaire.

70. Il faut que la chose ou existe au moment du contrat, ou qu'elle soit possible, pour que le contrat dont elle est l'objet, puisse se former. — De la *spes* ou *alea*, et de la *res futura, sperata*. Cette dernière rend la convention conditionnelle, la *spes* ou *alea* la laisse pure et simple.
71. L'hérédité non encore ouverte ne saurait en règle générale être l'objet d'une convention. — Exception en droit romain.
72. Autre exception en droit français.
73. La chose hors du commerce ne peut être l'objet d'une convention. — La vente n'en est cependant pas nulle; l'acheteur trompé a une action en dommages-intérêts.
74. La chose d'autrui peut être l'objet d'une convention valable. — Vente de la chose d'autrui; ses effets. L. 34, § 3, D. XVIII, 1.
75. Le louage de la chose d'autrui est valable. — Ses effets.
76. Dépôt, commodat, gage, de la chose d'autrui.
77. Effets du *mutuum* et de l'échange de la chose d'autrui.
78. La promesse du fait d'autrui n'est point valable, en règle générale.
79. *Première exception* : Elle est valable lorsqu'on a exprimé l'intention de l'obliger soi-même. — Cette intention peut résulter :
- a) De la clause pénale apposée à la convention;
 - b) Des termes de la promesse;
 - c) D'un cautionnement donné par le promettant.
80. *Deuxième exception* : On s'engage encore personnellement en promettant le fait d'un tiers, lorsque cette promesse se rattache à un engagement personnel. — Exemples.
81. *Troisième exception* : Stipulations prétoriennes par lesquelles on s'engage personnellement en promettant le fait d'autrui.
82. De la promesse pour un tiers sous l'ancienne jurisprudence et sous le Code civil.
83. Les choses dont l'aliénation est prohibée, ne peuvent être l'objet d'une convention à titre translatif de propriété.
84. Stipulation de la *res propria stipulantis*. Dans quels cas et dans quel sens la *res propria* peut être l'objet d'une convention.

85. La clause pénale ne rend point valable la convention sur une chose non dans le commerce, ou dont l'aliénation est prohibée, ou sur une *res propria stipulantis*. — Motif de cette différence d'avec la clause pénale jointe à la stipulation ou à la promesse pour un tiers.
86. La convention sur une des choses précitées devient-elle valable si la chose a cessé d'être hors du commerce, si les circonstances qui ont motivé la défense d'aliéner ont cessé d'exister, si la chose a cessé d'être une *res propria*? — Comment faut-il répondre à cette question, si la convention est conditionnelle?

70. Pour qu'une chose puisse être l'objet d'une convention, il faut qu'elle existe au moment de cette convention, ou au moins, si elle n'existe pas encore, qu'elle soit possible, ou considérée comme possible par les parties contractantes.

La chose qui est seulement considérée comme possible, est, comme nous allons le voir, une *spes* ou une *alea*; elle donne à la convention un caractère aléatoire.

Si la chose dont les parties ont entendu traiter a déjà cessé d'exister, la convention sera nulle (1). Si elle a péri en partie au moment de la convention, il faudra distinguer; que si la perte est d'au-delà de la moitié, et que la convention soit synallagmatique, c'est-à-dire que celui qui doit recevoir la chose soit obligé à faire une prestation de son côté, la convention est nulle en ce sens que ce dernier pourra se départir; que si la perte ne dépasse pas la moitié de la chose, la convention est valable, l'acheteur est obligé de recevoir la chose; mais il a le droit de faire réduire le prix en proportion de la partie qui a péri (2).

La convention relative à une chose possible est valable; mais elle a un caractère et des effets différents, suivant que cette chose est un produit des forces régulières de la nature, comme les fruits de la terre, le croît des animaux, *res futura*, *res sperata*, ou qu'elle est seulement considérée par les parties, comme dépendante du hasard, comme soumise à certaines chances, par exemple, le jet de filet d'un pêcheur ou d'un oiseleur, *captus avium*

(1) L. 69, D. XLV, 1.

(2) L. 37, D. XVIII, 1.

seu piscium, alea, spes. Lorsqu'une convention a pour objet une chose future non aléatoire, par exemple les fruits d'un champ, les parties s'attendent à voir exister la chose, et cette commune attente rend la convention implicitement conditionnelle. Si donc il s'agit de vente, et que la chose n'existe pas, le prix ne sera pas dû et il n'y aura pas de contrat, pas d'obligation, à moins que le vendeur n'ait lui-même, par son fait, mis obstacle à la production de la chose (1). Du reste le vendeur, comme dans toute vente sous condition suspensive, demeurera chargé des risques de la chose même, mais l'acheteur portera les risques de la détérioration (2). Donc s'il y a des fruits, mais que par quelque accident, et sans faute de la part du vendeur, ils aient souffert sur pied, l'acheteur ne devra pas moins tout le prix, dans l'absence de stipulation contraire (3). En général et dans le doute, la vente d'une chose future est toujours conditionnelle.

Cette règle qu'il n'y a pas de vente sans chose qui en soit l'objet, *sine re*, comme dit la L. 8, § 1, D. XVIII, 1, ne reçoit exception que lorsque la vente est aléatoire : *Aliquando*, dit cette loi, *et sine re venditio intelligitur : veluti cum quasi alea emitur, quod fit cum captus piscium vel avium emitur.* Dans la vente aléatoire, le prix sera toujours dû, car les parties devaient s'attendre à tout événement, et l'acheteur est censé s'être obligé *etiam sine re*, comme dit la loi 8. Si la *res futura* ou *sperata* rend la convention conditionnelle, l'*alea* ou la *spes* la laisse donc pure et simple (4).

71. La règle que les choses possibles peuvent être l'objet d'une convention, subit une exception à l'égard de la succession non ouverte. Comme l'existence de celle-ci ne dépend pas du hasard, que la mort est un événement certain, la succession non ouverte n'est pas une *alea* mais une *res sperata*. La loi n'a cependant pas

(1) L. 8, pr. D. XVIII, 1.

(2) Voir plus loin le chapitre des Risques et Périls.

(3) L. 78, § 3, D. XVIII, 1.

(4) Contra SCHWAPP, *Das Römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung*, § 416, n° 3.

permis qu'elle devint l'objet de transactions, qui dans presque tous les cas porteraient atteinte à la morale. Toute convention donc, toute transaction, toute renonciation, concernant une succession non ouverte ou seulement des choses qui en font partie, sont frappées de nullité, qu'il s'agisse de la succession d'un tiers, ou de celle d'une des parties contractantes (1). La défense de prendre un engagement quant à sa propre succession, est d'ailleurs fondée sur ce que pareil engagement est contraire à cette liberté de tester que le droit romain a consacrée avec un respect presque superstitieux. Aussi tant qu'il s'agit de la succession de celui qui contracte, le droit romain n'admet aucune exception à cette défense; mais il en admet une quand il s'agit de la succession d'un tiers. La convention concernant la succession d'un tiers est valable à la condition que le tiers y intervienne et y donne son consentement; mais de telle sorte qu'elle laisse néanmoins à ce tiers la faculté de tester, et par conséquent d'annuler la convention, s'il le veut. Une telle convention conserve donc un caractère précaire; pour qu'elle devienne irrévocable, il faut que le tiers ait persévéré dans son consentement jusqu'à sa mort.

72. Plus rigoureux, le droit français n'admet pas l'exception consacrée par le droit romain. D'aucune manière on n'y saurait renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on pourrait avoir à celle-ci, eût-il lui-même consenti au contrat qui avait sa succession pour objet (2). Mais en faveur du mariage, le Code civil permet de disposer, par contrat de mariage, au profit des époux ou de l'un d'eux, de tous les biens qu'on laissera à son décès, et de se priver ainsi de la faculté de tester. Pareille donation, quoique faite seulement aux époux, est censée faite en même temps à leurs enfants, de sorte que ceux-ci en profiteraient si l'époux ou les époux donataires venaient à mourir avant le donateur. On l'appelle institution contractuelle parce qu'elle renferme une institution d'héritier qui a

(1) L. 30, C. II, 3.

(2) V. articles 1130, 1600, 791 du Code civil.

un caractère contractuel, c'est-à-dire obligatoire et irrévocable (1).

73. Pour qu'une chose puisse être l'objet d'une convention, il faut qu'elle soit dans le commerce. Une chose qui est hors du commerce est en quelque sorte comme si elle n'existait pas, et comme on ne peut donner ce qui n'existe pas la convention sur telle chose est, en principe, nulle comme impliquant l'impossible.

Telle est la règle établie par les textes des Institutes et du Digeste (2). Toutefois le contrat de vente, comme contrat *juris gentium* où l'on est tenu de la bonne foi, où la mauvaise foi et même une imprudence entraînent des obligations, le contrat de vente a des effets que n'aurait point la stipulation. Il y a des choses hors du commerce que l'on peut croire dans le commerce, tels sont : un homme libre que l'on prend pour esclave, des lieux publics ou des objets religieux que l'on croit être privés ou profanes. Une vente contractée sur de tels objets, produit des effets si l'acheteur a été de bonne foi, s'il a ignoré la qualité de la chose, et le vendeur sera tenu de lui payer des dommages-intérêts, soit que celui-ci l'ait connue, soit qu'il l'ait ignorée. S'il l'a connue il est tenu *ex dolo*, s'il l'a ignorée il est tenu par la raison qu'il doit, lui, bien mieux que l'acheteur, la connaître. De plus s'il a été trompé lui-même, il peut exercer son recours contre celui qui a été cause de son erreur. Mais si l'acheteur a su que la chose était hors du commerce, il n'y aura pas de vente, car il ne peut de son côté exiger une exécution qu'il a su impossible, et le vendeur ne peut demander le prix s'il ne peut fournir la chose promise.

La vente de la chose hors du commerce a donc exceptionnellement des effets à raison de la bonne foi de l'acheteur, ce qui a permis à Pomponius de dire : *liberi hominis emptio intelligitur si ab ignorante emitur*. Mais hors ce cas, elle ne peut avoir d'effet et en règle générale elle est nulle, de même que la stipulation

(1) Articles 1082, 1083 du Code civil.

(2) § 2, Inst. III, 20; — L. 33 et L. 83, § 5, D. XLV, 1. — V. DONELLUS, L. XII, c. 20.

d'une chose hors du commerce, parce que l'exécution en est impossible (1).

74. Quant à la chose d'autrui, elle peut être l'objet de conventions, parce qu'il n'est pas impossible de la donner ou de la livrer, si elle est dans le commerce. Le convention sur la chose d'autrui est donc valable, non pas que l'exécution puisse en quoi que ce soit porter préjudice au propriétaire qui y est demeuré étranger, mais en ce sens qu'elle produit entre les parties contractantes des effets, qui diffèrent suivant la nature du contrat.

La chose d'autrui peut être l'objet d'une vente, d'une stipulation; si le promettant ne peut la livrer, il est tenu de payer les dommages-intérêts (2). Mais si la chose était furtive, si la possession en avait été obtenue frauduleusement, *invito domino*, ou qu'elle dût être obtenue ainsi, et que les parties en eussent connaissance, le contrat serait nul parce qu'il aurait pour résultat de faire commettre un vol, et à celui qui livrerait la chose, et à celui qui la recevrait; il y aurait si le contrat pouvait s'exécuter, *contractatio fraudulosa inscio domino*. C'est pourquoi, bien que la vente de la chose d'autrui soit déclarée valable par la L. 28, D. XVIII, 1, cependant la L. 54, § 3, D. eod., décide que la vente de la chose furtive est nulle si les parties savent qu'elle est furtive : *si et emptor et venditor scit furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur*.

Mais, remarquons le bien, la vente de cette chose n'est pas nulle par cela seul que celle-ci est furtive, elle ne l'est qu'à raison de la connaissance que les parties contractantes ont eue de sa qualité. Faite de bonne foi, elle produira ses effets, au moins à l'égard de la partie qui a ignoré le vice de la convention. C'est ce que nous montre la L. 34, § 3, D. XVIII, 1, en établissant une distinction : *Si emptor solus scit (furtivum esse quod venit) non obligabitur venditor; nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet*. L'acheteur seul est obligé, mais le vendeur ne peut cependant demander le prix qu'en

(1) Voyez L. 4 et L. 62, D. XVIII, 1.

(2) L. 28, D. XVIII, 1. — L. 137, § 4, D. XLV, 1.

livrant la chose, livraison qui après tout est possible moyennant arrangements avec le propriétaire, attendu que la chose existe, et n'est pas hors du commerce. La même L. 34 ajoute : *Quod si venditor scit, emptor ignoravit, utrimque obligatio contrahitur*. Que si c'est le vendeur qui a su que la chose est volée, la vente a des effets à l'instant même, le vendeur sera tenu, qu'il puisse fournir la chose ou non; s'il ne la livre, il devra des dommages-intérêts; mais il dépendra de l'acheteur seul de se prévaloir de ces effets, le vendeur ne pouvant, *ex dolo suo*, se créer aucun droit.

Pour rentrer dans la généralité de la question, voyons maintenant les effets des autres contrats lorsqu'ils ont pour objet la chose d'autrui.

75. Le louage de la chose d'autrui est également valable. S'il est fait en vertu d'un droit sur la chose, droit d'usufruit ou droit de gage, ou s'il est fait par le *locator* lui-même, le contrat a tous ses effets, sauf l'application du principe *finito jure concedentis finit jus concessum*. Si cependant celui qui n'a qu'un droit précaire sur la chose l'a donnée en location pour un temps qui excède sa propre jouissance et qu'il ait laissé ignorer sa qualité, il sera tenu des dommages-intérêts envers la partie qui a contracté de bonne foi (1).

Quand une chose a été donnée en location par celui qui n'y a aucun droit et qui doit souffrir une éviction, le contrat a des effets analogues à ceux de la vente de la chose d'autrui; le *locator*, le bailleur, lorsque le preneur a été de bonne foi, sera encore soumis aux dommages-intérêts (2).

76. Le dépôt, le commodat, le gage de la chose d'autrui, obligent aussi celui qui l'a reçue à la restituer au déposant, au *commodo dans*, au débiteur gagiste, sans qu'il puisse opposer l'exception qu'un autre en est propriétaire, car on ne peut pas exciper du droit d'un tiers. Si cependant le propriétaire véritable venait réclamer le dépôt concurremment avec le déposant, à qui le dépositaire

(1) L. 37, D. XIII, 7. — L. 23, D. XX, 1. — L. 9, § 1, D. XIX, 2. — L. 13, § ult., D. VII, 1.

(2) LL. 7, 8, 9 pr., D. XIX, 2.

restituerait-il la chose? Au premier abord, dit Tryphoninus (1), il semblerait que la loi du contrat dût obliger le dépositaire à restituer la chose au déposant qui a reçu sa foi, mais, répond le jurisconsulte, j'approuve cette justice qui donne à chacun ce qui lui revient, de telle sorte que la chose ne soit pas distraite au préjudice de celui qui y aurait meilleur droit : *Et probo hanc esse justitiam quae suum cuique ita tribuit ut non distrahatur ab ullius personae justiore repetitione.*

77. On excepte généralement deux contrats comme ne produisant pas d'effet lorsqu'ils ont pour objet la chose d'autrui, ce sont le *mutuum* et la *permutatio*, contrats qui requièrent essentiellement que le transport de la propriété accompagne ou suive la livraison de la chose. Mais il est à remarquer que lors même qu'ils ont pour objet la chose d'autrui, ces contrats peuvent cependant avoir des effets *ex post facto*. Si celui qui veut faire un prêt donne la chose d'autrui, il est évident qu'il n'y a pas transport de la propriété, qu'il n'y a pas encore de *mutuum*; le *mutuum* pourra devenir valable, *ex post facto convallescere*, soit à la consommation de la chose livrée, soit par usucapion, soit par accession. Voyons les effets d'un tel contrat. Si la chose prêtée par le non-propriétaire a été de mauvaise foi, ou consommée, ou unie inséparablement à d'autres, *si mala fide res exstincta est*, le propriétaire pourra intenter contre celui qui l'a consommée ou détruite l'*actio ad exhibendum* en tous dommages-intérêts, car *qui dolo desiit possidere pro possessore habetur*, sauf encore l'action pénale de vol contre son auteur. Mais si la chose prêtée a été de bonne foi consommée, ou éteinte par accession, ou usucapée, le prêt se trouvera consolidé, et le prêteur qui n'aura pas été propriétaire aura acquis la *condictio ex mutuo*, eût-il été de mauvaise foi, eût-il commis un vol : *nam et si fur nummos tibi credendi animo dedit... consumptis eis nascitur condictio* (2). D'un autre côté, l'emprunteur de bonne foi ne sera tenu que de la *condictio*, il ne sera pas tenu *ad exhibendum*, n'ayant pas cessé de posséder par son dol. Il en résulte que

(1) L. 31, D. XVI, 3.

(2) L. 13, D. XII, 1.

le propriétaire n'aura pas d'action directe contre l'emprunteur, puisqu'il n'a pas contracté avec lui. Et il n'a d'ailleurs ni la revendication, parce que la chose n'existe plus, ni l'*actio ad exhibendum*, parce qu'elle a été consommée ou éteinte de bonne foi. Le propriétaire ne pourra donc exercer de recours que contre l'auteur du vol, c'est-à-dire contre quiconque a frauduleusement appréhendé la chose *invito domino*; et outre la peine et les dommages et intérêts, il pourra exiger qu'il lui soit fait cession de la *condictio ex mutuo*, laquelle, comme nous venons de voir, est acquise même à l'auteur du vol, si le prêt a été validé *ex post facto*.

Si la vente de la chose d'autrui est valable, si l'acheteur doit payer le prix lorsque le vendeur a été de bonne foi, sans qu'il puisse demander la résiliation du contrat, puisque le vendeur de bonne foi est obligé seulement *ad tradendum et ad evictionem praestandam*, il en est tout autrement de l'échange qui se contracte, par la prestation de la chose, et exige pour sa validité que l'échangiste qui fait la prestation transfère la propriété. Lorsqu'il donne la chose d'autrui, c'est comme si rien n'eût été fait, il la reprendra comme un *sine causa datum*, et s'il a agi frauduleusement, pour faire du tort à l'autre partie, il sera passible de l'*actio doli*. Si le co-échangiste avait donné une chose à lui appartenant en échange de la chose d'autrui, il aurait le choix entre l'action *in factum, praescriptis verbis*, en dommages et intérêts du chef de l'éviction, et la *condictio causa data causa non secuta* (1). Mais si la consommation, l'accession ou l'usucapion l'avait rendu propriétaire, l'échange serait devenu parfait, *ex post facto*, par l'acquisition de la propriété sauf l'action *ad exhibendum*, en cas de consommation ou d'accession faite de mauvaise foi.

78. Si la convention en règle générale se contracte valablement sur la chose d'autrui, peut-elle de même avoir pour objet le fait d'autrui, le fait à prêter par un tiers? Peut-on promettre pour un tiers; oblige-t-on le tiers en le faisant, s'oblige-t-on soi-même?

Qu'on oblige le tiers, ce serait le renversement de tous les principes de droit, ce serait la violation de la liberté civile qui ne

(1) L. 5, § 1, D. XIX, 5; L. 5 et 6, D. IV, 64.

veut être limitée que par elle-même. Nul doute à cet égard : il ne nous est pas plus permis de disposer de l'activité du tiers que de sa chose (1). Mais comme on peut valablement s'obliger soi-même en promettant cette chose, le peut-on pareillement lorsqu'on promet le fait du tiers ?

Disons avec Donellus qu'en soi pareille promesse n'implique rien d'impossible. S'engager envers quelqu'un à lui livrer la chose d'autrui, ou à la lui faire livrer, obtenir cette chose du tiers pour la livrer au stipulant, ou obtenir du tiers qu'il la livre lui-même ou qu'il fasse une prestation quelconque au stipulant, ce sont là toutes choses également possibles. Par conséquent, il ne répugne pas à la nature des choses qu'en promettant pour un tiers, qu'en promettant qu'un tiers livrera telle chose ou prestera tel fait, on puisse s'engager soi-même envers le stipulant. C'est pourquoi, bien que généralement en promettant le fait d'un tiers on n'oblige personne, nous verrons cependant cette règle fléchir et admettre des exceptions.

En règle générale de telles promesses n'obligent, ni le tiers, parce qu'il n'est pas partie au contrat, ni le promettant, parce que celui qui promet que le tiers fera, n'a pas encore par cela même manifesté l'intention de s'obliger soi-même (2). Dans les stipulations on n'est tenu que de ce qui a été dit et non de l'intention présumée des parties; ce principe sert de point de départ à toute la théorie du droit romain en cette matière. C'est pourquoi la L. 58, D. XLV, 1, dit : *Nemo autem alienum factum promittendo obligatur*. Quand je dis : *je promets de vous donner le cheval de Titius*, je m'oblige parce que j'exprime l'intention de m'obliger, parce que je m'engage moi-même à donner; mais quand je dis : *je promets que Titius vous donnera son cheval ou vous donnera 20*, je ne m'oblige plus, parce que je n'en exprime plus l'intention et que le fait de Titius est seul promis.

(1) L. 27, § 4, D. II, 14 : *Ante omnia enim animadvertendum est, ne contentio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliaro persona noceat* (PAUL). — L. 39, D. III, 5 : *Naturalis simul et civilis ratio suavit alienam conditionem meliorem quidem ignorantis et invitum nos facere posse, deteriore non posse* (GAIVS).

(2) L. 3, Inst. III, 20. — L. 58, D. XLV, 1.

C'est en application de ce principe que la L. 38, D. XLV, 1, dit que lorsque je promets à Titius, *rem habere licere*, promesse qui implique non seulement que moi et mes héritiers nous nous abstiendrons de tout fait qui empêcherait Titius d'avoir la chose, mais que les tiers s'en abstiendront pareillement, cette promesse n'est valable que quant aux faits qui pourraient être posés par moi ou par mes héritiers; elle serait nulle pour autant qu'elle impliquerait promesse pour les tiers; elle serait nulle, dit la Loi 38, et n'obligerait pas le promettant, à moins qu'en y ajoutant une clause pénale, il n'eût exprimé l'intention de répondre lui-même du fait du tiers. Il en est résulté que dans la stipulation concernant la garantie en matière de vente, stipulation qu'anciennement tout acheteur paraît avoir eu le droit d'interposer, et qui d'après la L. 37, D. XXI, 2, doit encore être acceptée par le vendeur quand il s'agissait de choses précieuses, on ajoutait toujours une clause pénale qui était du double du prix. L'acheteur, pour le cas où il serait évincé, où *rem habere ei non liceret*, stipulait que le vendeur lui restituerait le double du prix. D'après cela on est autorisé à croire que l'obligation de la garantie n'existait dans l'ancien droit qu'en vertu de la stipulation *rem emptori habere licere*, munie de clause pénale, et que ce ne fut que lorsque cette obligation fut devenue un des effets tacites du contrat de vente, que la stipulation *dupli* ne resta obligatoire, comme le dit la L. 37, D. XXI, 2, que dans la vente de choses précieuses, de choses qui ne sont pas l'objet des transactions les plus fréquentes de la vie civile.

79. Maintenant que nous connaissons le principe qu'on ne promet pas valablement, en règle générale, le fait d'un tiers, voyons les exceptions.

La promesse du fait d'un tiers oblige le promettant :

1° Toutes les fois qu'explicitement ou implicitement il a voulu s'obliger. Or le promettant exprime l'intention de s'obliger personnellement :

a) Lorsqu'il promet de payer une peine ou des dommages-intérêts à défaut d'exécution par le tiers, auquel cas le fait du tiers n'est que la condition de l'engagement que le promettant contracte lui-même;

b) Lorsqu'en promettant le fait du tiers, il ajoute qu'il fera en sorte que le tiers exécute la prestation, ou qu'il se charge de la faire exécuter par le tiers, *se effecturum curaturumve ut det vel faciat* (1); et dans ce cas si le tiers n'exécute pas, le promettant devra les dommages-intérêts;

c) Lorsqu'en promettant le fait d'un tiers, on a donné une caution; car on est censé s'être porté fort que l'exécution aura lieu. C'est dans ce sens que la L. 5, D. XLV, 2, dit : *Nemo est qui nesciat alienas operas promitti posse et fidejussorem adhiberi in ea obligatione*. Le cautionnement est nécessaire à la validité de l'obligation principale; quoique accessoire de cette obligation, il la rend valable, parce qu'il renferme l'intention du promettant de s'obliger lui-même, de se porter fort. Je promets que Titius construira une maison à Sempronius : je ne suis pas engagé, rien n'indique l'intention de m'obliger moi-même. Mais je fournis une caution; dès ce moment je suis censé vouloir m'engager moi-même, et à défaut par Titius de construire la maison, je devrai les intérêts et la caution sera accessoirement tenue pour le tout.

80. 1° En promettant le fait d'un tiers, on s'oblige encore soi-même lorsque la promesse qu'on fait pour le tiers se rattache à une promesse que l'on fait pour soi.

Ainsi le débiteur qui promet à son créancier de lui fournir une caution, c'est-à-dire de faire en sorte qu'un tiers viendra accessoirement s'obliger pour lui, fait une promesse qui l'oblige et dont l'inexécution donnerait au créancier l'action en dommages-intérêts, et l'autoriserait à réclamer sans délai le paiement de la créance, celle-ci fût-elle à terme (2).

Par le même motif la promesse qu'un tiers fera ou ne fera pas, est devenue une des clauses tacites du contrat de vente, ou du contrat de louage, et oblige aux dommages et intérêts en cas d'éviction, quoique la promesse *emtori rem habere licere* ou *re uti frui licere*, porte sur le fait du tiers et ne puisse être valable si elle est conclue indépendamment de tout autre contrat.

(1) § 2, Inst. III, 20.

(2) L. 14, § 2, D. XIII, 5.

81. Dans quelques stipulations prétoriennes on s'oblige encore tacitement en promettant le fait d'un tiers. Le *procurator ad litem* qui ne prouve pas son mandat, mais qui promet que celui qu'il représente ratifiera ses actes, *qui cavet de rato habendo* est présumé s'obliger lui-même et supportera les suites du procès, lorsqu'effectivement la ratification n'intervient pas (1). Il en est de même de celui qui promet qu'un tel se présentera en justice, soit comme témoin, soit comme partie. En faisant cette promesse, il est censé s'obliger lui-même à payer les dommages et intérêts à la partie qui a reçu la promesse, dommages qui peuvent résulter de ce qu'en attendant cette présentation l'action temporelle a été prescrite (2).

Remarquons, pour justifier cette exception à la règle qu'on ne s'engage pas en promettant le fait d'un tiers, que ces deux stipulations : la *cautio* ou la *stipulatio de rato habendo*, et celle *alium sisti in judicio*, sont des stipulations prétoriennes qui, comme telles et à la différence des stipulations conventionnelles, reçoivent leur interprétation du préteur qui les a introduites (3), dans le but de faciliter et de perfectionner l'administration de la justice en rendant possible la défense d'un absent (4).

82. Le droit romain n'a donc admis qu'exceptionnellement que celui qui promet le fait d'un tiers est censé s'obliger soi-même. La Loi 38, D. XLV, 1, est la règle. Cependant Vinnius et un grand nombre d'auteurs assurent que dans l'ancienne pratique l'on était toujours présumé se porter fort et s'engager soi-même lorsqu'on promettait le fait d'un tiers (5). Pothier atteste que dans la jurisprudence française on présumait facilement que celui qui

(1) L. 19, D. XLVI, 8. — La *cautio de dolo* dont il est question à cette L. 19, est une *stipulatio judicialis* d'après la L. 5 pr., D. XLV, 1.

(2) L. 81, D. XLV, 1.

(3) « Prætoriz stipulationes legem accipiunt de mente prætoris qui eas proposuit. » L. 52, D. XLV, 1.

(4) L. 23, § 2, et § 3, D. III, 3. — L. 8, D. II, 11. — L. 4, 5, D. XLV, 1. — Voyez VOET, *ad Pand.*, L. 43, tit. 1, n° 5, et les auteurs qu'il cite.

(5) Voyez VINNIUS, *ad Inst.*, au titre *De inutilibus stipulationibus*.

promettait le fait d'un tiers avait l'intention de se porter fort, de promettre *de se*, et de s'obliger aux dommages-intérêts en cas d'inexécution (1). Toute la question se réduisait donc, dans la pratique française, à une question d'intention : en promettant le fait d'un tiers a-t-on, oui ou non, entendu s'engager soi-même?

C'est ce système qui a prévalu dans le Code civil. En principe, et comme le porte l'article 1119, on ne s'oblige pas en promettant le fait d'un tiers; mais on s'oblige d'après l'article 1120, dès qu'on a manifesté l'intention de se porter fort pour le tiers. Toutefois il est à remarquer que le mandataire, de même qu'il peut stipuler pour son mandant, peut aussi promettre pour lui, et l'obliger directement sans s'obliger lui-même, lorsqu'il prend la qualité de mandataire et ne dépasse pas les termes de son mandat (2). Donc en droit français de même qu'on peut au nom d'autrui, stipuler pour autrui, on peut au nom d'autrui promettre pour autrui. C'est pourquoi l'article 1119, au lieu de reproduire la règle de droit romain qu'on ne peut s'engager pour autrui, a dit : on ne peut, en général, s'engager *en son propre nom* que pour soi-même.

Mais quand est-on supposé s'être porté fort, en promettant le fait d'un tiers? Nous n'hésitons pas à admettre que les expressions *se porter fort* n'ont rien de sacramentel, qu'elles n'ont d'autre signification que : promettre sous sa propre responsabilité le fait d'un tiers; et sans aller aussi loin que Marcadé, qui retombe dans le système de Vinnius, et soutient que l'exception de l'art. 1120 efface la règle de l'art. 1119, nous dirons que dans notre droit moderne qui est dégagé de la formule de la stipulation, on est tenu du fait du tiers toutes les fois que l'intention de cette responsabilité s'est manifestée d'une manière quelconque (3).

83. Les choses dont l'aliénation est défendue, comme par exemple

(1) POTRIER, *Obligations*, n° 56. — *DE SE QUEMQUE PROMITTERE OPORTET*, L. 83, D. XLV, 1.

(2) Art 1197 du Code civil. — DURANTON, X, n° 210.

(3) Comparez : MARCADÉ SUR l'art. 1120, I; — TOULLIER, VI, 135; — DURANTON, X, n° 209.

les choses litigieuses, celles qui font partie du pécule adventice du fils de famille, le fonds dotal, les immeubles appartenant aux mineurs, ne peuvent être l'objet d'aucune convention à titre translatif de propriété, ces choses étant pour un certain temps assimilées à celles qui sont hors du commerce. Mais de même que celui qui achète de bonne foi des choses hors du commerce, peut exiger des dommages-intérêts du vendeur, de même celui qui de bonne foi achète une chose dont l'aliénation est défendue, a l'*actio emti* en dommages et intérêts, et même l'action en garantie lorsque, mis en possession de la chose, il a été évincé (1). Toutefois, à part les dommages et intérêts dus à l'acheteur de bonne foi, la vente n'a pas d'effet, la tradition qui s'en suit n'en a pas davantage, et rien n'est changé quant à la propriété.

Celui qui a vendu une chose dont l'aliénation est défendue, par exemple le possesseur qui a vendu une chose litigieuse, ou le père qui a aliéné un objet du pécule adventice, revendiquera cette chose sans qu'on puisse lui opposer l'exception *rei venditae et traditae*, fondée sur la règle : *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*. Il repoussera cette exception par la réplique que la vente et la tradition sont nulles comme prohibées par la loi, mais cette réplique ne repoussera l'exception *rei venditae et traditae* que pour autant que celle-ci tendrait à maintenir l'acquéreur en possession, elle ne pourra point défendre le vendeur revendiquant contre les dommages et intérêts dus par lui à l'acheteur de bonne foi qui a été évincé (2).

84. La *res propria stipulantis* ne saurait, en règle générale, être l'objet d'aucune convention. La convention sur pareille chose serait nulle et n'aurait absolument aucun effet, parce qu'elle impliquerait l'impossible : *quod meum est, meum fieri non potest*. Elle ne saurait même avoir d'effet à raison de la bonne foi de l'acheteur, comme la convention sur une chose dont l'aliénation est défendue, car si je puis avoir un intérêt à obtenir la chose qui

(1) L. 62, § 1, et L. 70, D. XVIII, 1. — L. 39, § 3, D. XXI, 2. — L. 9, C. V, 71. — L. 4, C. VIII, 37. — GAIUS, IV, § 117.

(2) V. L. 1, § 5, D. XXI, 3. — BRANDIS, *Zeitschrift für Civilrecht und Prozes*, I. VII. — VANGEROW, t. I, p. 484.

est hors du commerce, je n'en ai aucun à obtenir ce qui m'appartient déjà. C'est pourquoi il est dit à la L. 16, D. XVIII, 1 : *Suae rei emptio non valet, sive sciens, sive ignorans emi*; tandis que la L. 4, D. XVIII, 1, ne déclare de nul effet la vente de la chose hors du commerce que lorsque l'acheteur a connu cette qualité, décision semblable à celle que Gaius donne touchant la chose dont l'aliénation est défendue (1). La stipulation et la vente de la *res propria* sont donc absolument de nul effet, de même que le commodat, le dépôt, le louage.

Mais si en règle générale la convention sur la *res propria* est nulle, parce qu'on manque d'intérêt, cependant cet intérêt peut quelquefois exister, et dans ces cas exceptionnels la convention est valable. C'est ce qui a lieu lorsque la convention ne constitue pas un titre translatif de propriété, mais a seulement pour objet un droit de possession ou de jouissance qui a été détaché de la propriété. Ainsi lorsqu'un tiers possède une chose comme créancier gagiste ou autrement, je puis la demander *precario*; lorsqu'un tiers en a le droit de jouissance, je puis la prendre en location, je puis l'emprunter (2).

83. Pour compléter les explications que nous venons de donner au sujet des conventions qui portent sur des choses *extra commercium* ou dont l'aliénation est défendue, ou sur la *res propria*, il nous reste à examiner si ces conventions peuvent être validées par une clause pénale, c'est-à-dire si elles entraînent au moins pour le promettant l'obligation de payer la clause pénale.

Partant de ces deux principes, qu'il ne peut exister d'obligation là où l'exécution de la promesse est juridiquement ou matériellement impossible, et que la peine ne peut être encourue sans qu'il y ait faute imputable au promettant (3), on doit décider que la clause pénale ne saurait par elle-même valider aucune des conventions précitées, et que la convention étant nulle à cause de l'impossibilité de l'exécution, aucune peine ne peut être exigée du

(1) V. L. 4, D. XVIII, 1. — GAIUS, Inst. IV, 117. — Voir aussi les n^{os} précédents.

(2) L. 34, § 4, D. XVIII, 1. — L. 28, D. XLI, 2.

(3) L. 35, D. XLV, 1. — L. 9, § 1, D. XXII, 1.

promettant. Cependant comme celui qui vend, sciemment ou non, une chose *extra commercium*, ou une chose dont l'aliénation est prohibée, s'oblige à des dommages et intérêts envers l'acheteur, qui a été de bonne foi, il en résulte aussi que cet acheteur aurait droit à la peine qu'il a de bonne foi stipulée. Hors ce cas la clause pénale ajoutée à la convention qui a pour objet une des choses précitées ne saurait produire aucun effet (1).

Nous objectera-t-on que la clause pénale rend pourtant obligatoire une stipulation faite pour un tiers, en ce sens qu'elle oblige le promettant envers le stipulant; que de même elle rend valable une promesse faite pour un tiers, en ce sens qu'elle oblige celui qui fait la promesse? Nous répondrons que les cas sont tout différents; ni la promesse, ni la stipulation pour un tiers ne sont nulles comme ayant pour objet une chose impossible en soi; si la stipulation pour un tiers n'opère pas pour le stipulant, c'est à cause du défaut d'intérêt, et la clause pénale crée cet intérêt; si la promesse pour un tiers n'oblige pas le promettant, c'est parce qu'il n'a pas exprimé l'intention de s'obliger personnellement, et la clause pénale exprime précisément cette intention. Mais la clause pénale ajoutée aux conventions qui nous occupent, ne détruit pas l'obstacle qui rend l'exécution impossible et qui empêche l'existence même de toute l'obligation.

86. La convention sur une des choses précitées : chose hors du commerce, chose dont l'aliénation est prohibée, *res propria*, ne devient point valable, si la cause qui a empêché l'exécution de l'obligation a cessé d'exister. Que la chose soit rentrée dans le commerce, que par exemple l'homme libre soit devenu esclave, ou que le bien vendu ait cessé d'être dotal, ou ait cessé de faire partie du pécule adventice, ou que la *res propria* n'appartienne plus à celui qui l'a stipulée ou achetée : dans aucun de ces cas la convention, nulle dans le principe, ne sera devenue valable. L'impossibilité d'exécuter la convention, existant au moment du contrat, ne permet pas de supposer aux parties l'intention véritable de s'obliger; dès lors il ne suffit pas que la condition de la chose

(1) L. 69, D. XLV, 1.

change, pour que l'obligation existe, mais il faut encore que les parties manifestent un sentiment qu'elles sont censées ne pas avoir exprimé d'abord. C'est ici le cas de dire : *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (1).

Toutefois il est à remarquer que cette règle ne s'applique pas aux legs et aux conventions conditionnels qui ont pour objet une chose dont l'aliénation est prohibée, ou une *res propria*. Dans ces obligations on ne tient compte que de l'état de la chose au moment où la condition s'accomplit; si la nature ou la condition de la chose change *pendente conditione*, la convention devient valable.

Mais la règle s'applique sans exception à toute convention, même conditionnelle qui a pour objet une chose hors du commerce. Ainsi pareille convention sera nulle, la chose fût-elle rentrée dans le commerce *pendente conditione*. Le motif en est qu'il serait immoral de traiter de l'expectative de pareils changements, qui ne s'opèrent en général que par quelque événement calamiteux. On ne peut, dit Paul, acheter un homme libre sous la condition qu'il sera esclave, *nec enim fas est ejusmodi conditionem exspectare* (2).

(1) L. 29, D. I., 17.

(2) L. 34, § 2, D. XVIII, 1. — L. 83, § 3, D. XLV, 1.

CHAPITRE VI.

DE L'EFFET DES CONVENTIONS EN GÉNÉRAL.

Sommaire.

87. *Pactum de non petendo*. — Quand est-il *in rem*, quand *in personam*; et qui peut en profiter ?
88. Règle commune à toutes les conventions qui créent des obligations : *Pacta servanda sunt*.
89. Lorsqu'une des parties n'a pas exécuté la convention, l'autre est-elle autorisée à poursuivre la résolution du contrat ? — Vente. — Contrats innommés. — Mandat. — Société.
90. En droit français tout contrat bilatéral est soumis à une condition résolutoire tacite. Différences entre le droit français et le droit romain.
91. Personne ne peut poursuivre l'exécution du contrat qu'il n'a lui-même ni exécuté ni offert d'exécuter.
92. Le vendeur ne doit pas livrer la chose tant qu'il n'a pas reçu tout le prix.
93. Règles différentes pour le louage.

87. Pour déterminer l'effet des conventions, il faut d'abord séparer des conventions qui créent des obligations, le pacte libératoire, *pactum de non petendo*, appelé aussi par quelques modernes, pacte rémissoire. Celui-ci a des effets plus ou moins étendus, suivant qu'il est *in rem* ou *in personam*. Il est *in rem*, non-seulement lorsque le créancier dit : *non petam*, mais encore lorsque nommant le débiteur il dit : *non petam a te Titio*, car en général toute promesse profite et à celui qui la reçoit et à ses héritiers; le nom du débiteur est d'ailleurs introduit dans le pacte non pour en restreindre les effets, mais pour indiquer la personne avec laquelle on a contracté. *Non ut personale pactum fiat, sed ut monstretur cum quo pactum sit*, dit la L. 7, § 8, D. II, 14. Donc pour que le pacte rémissoire soit *in personam*, il faut que les héritiers soient exclus *in terminis* du

bénéfice de la remise : *Non petam a te, ab heredibus petam*. Bien qu'en général on ne stipule que pour soi et ses héritiers, à moins que ceux-ci ne soient exceptés, cependant le *pactum de non petendo* peut être invoqué par d'autres personnes, toutes les fois que celui qui a obtenu remise, y est lui-même intéressé. Ainsi la caution qui n'est pas intervenue *donandi animo*, pourra se prévaloir de la remise faite au débiteur principal, parce que si elle devait payer elle aurait son recours contre le débiteur, qui par conséquent ne profiterait plus du pacte (1). Mais le débiteur ne peut invoquer la remise faite à la caution, parce que celle-ci n'a point d'intérêt à ce qu'il ne paie point, et ne peut craindre aucun recours de sa part.

La remise faite à l'un des débiteurs solidaires peut-elle être invoquée par les autres? En règle générale, non; la remise résultant du pacte, a des effets conventionnels; donc elle ne profite pas à ceux qui n'ont pas été parties au contrat. Toutefois, si l'exception du pacte ne pouvait jamais être invoquée par les autres débiteurs solidaires, il pourrait en résulter que le débiteur même à qui la remise a été faite, n'en profiterait point. C'est ce qui aurait lieu s'il restait exposé au recours d'un codébiteur que le créancier aurait forcé d'acquitter la dette en entier. Pour ce motif, si les codébiteurs solidaires sont associés, le pacte rémissoire peut être invoqué même par ceux à qui la remise n'a point été faite.

88. Si maintenant nous passons aux conventions dont l'objet est de créer des obligations, nous les trouvons soumises à cette règle générale : *pacta servanda sunt; quae ab initio sunt voluntatis, ex post facto sunt necessitatis*. Ainsi après avoir transigé dans l'incertitude de mon droit, je prétendrais inutilement que je viens de découvrir des titres irréfragables; la transaction devrait s'exécuter : *pacta servanda sunt*. Ce ne serait que dans le cas où mon adversaire aurait frauduleusement dérobé mes titres que je pourrais être écouté, alors j'opposerais à l'*exceptio transactionis* la *replicatio doli*, ou j'intenterais directement l'*actio doli*, si la transaction avait déjà été exécutée.

(1) L. 32, § 2, D. II, 14.

89. Si dans un contrat bilatéral l'une des parties n'exécute pas son engagement, l'autre peut-elle agir en résolution du contrat et redemander ce qu'elle a donné?

En droit romain la solution de cette question exige une distinction entre la vente et les contrats innommés qui commencent par un *dare*. Quant à la vente, rien n'autorise le vendeur qui a livré la chose, à la reprendre et à demander la résolution du contrat, s'il ne s'est formellement réservé ce droit pour le cas de non-paiement. Si tu as vendu et livré ton vignoble, dit la L. 8, C. IV, 38, et que tu n'en aies pas obtenu le prix, tu pourras poursuivre le paiement de ce prix, nullement la répétition du vignoble. Si tu as vendu ton fonds, dit la L. 14, C. IV, 44, à condition que l'acheteur payera à ta décharge ce que tu dois au fisc, et qu'à défaut de ce paiement tu aies été forcé de payer toi-même, tu poursuivras contre l'acheteur les dommages et intérêts, sans que tu sois fondé à demander la résolution du contrat. L'inexécution d'une partie n'autorise donc pas l'autre à se départir de la convention et à répéter ce qu'elle a donné.

Il en est autrement dans les contrats innommés qui commencent par un *dare*, car là je puis, si j'ai donné une chose pour en recevoir une autre, ou pour obtenir la prestation d'un fait, et que l'autre partie n'exécute pas le contrat, poursuivre à mon choix l'exécution, ou répéter ce que j'ai donné (1). Il ne faut pourtant pas admettre que dans ces contrats il y ait lieu en général à un *jus poenitendi*, comme beaucoup d'auteurs l'ont enseigné. Sans a montré que cette opinion est inadmissible; il a prouvé qu'on ne peut, par cela seul qu'on aurait exécuté un contrat innommé, venir, en vertu d'un prétendu *jus poenitendi*, redemander ce qu'on a donné. La position des parties serait en effet inégale; car comment admettre que celui qui a donné ne soit pas obligé et qu'en même temps celui qui a reçu le soit irrévocablement?

Cependant en faveur de l'opinion qui admet dans ces contrats le *jus poenitendi*, on invoque deux textes : la L. 3, § 2, et la L. 5, § 2, D. XII, 4. Mais ces textes peuvent-ils réellement s'ap-

(1) L. 5, § 1, D. XIX, 5.

pliquer à tous les contrats *do ut des*, ou *do ut facias*? Nous ne le pensons pas. Lorsque j'ai donné de l'argent à quelqu'un pour qu'il affranchisse un esclave, disent ces textes, je puis changer d'avis et redemander l'argent que j'ai donné. Donc, a-t-on ajouté, je ne suis pas irrévocablement lié, et les contrats innommés qui commencent par un *dare* admettent le *jus poenitendi*.

Rien de plus juste, dans son espèce, que la décision ici invoquée; car de quel contrat s'agit-il? D'un contrat innommé qui a l'analogie la plus frappante avec le mandat. Or le mandat est essentiellement révocable; le mandant peut se repentir, il peut retirer le mandat sauf à indemniser le mandataire de toutes ses dépenses; donc le contrat innommé dont il est question aux lois précitées, doit aussi être révocable, car on sait que ce qui distingue en général les contrats innommés, c'est qu'ils sont tous introduits par analogie avec d'autres contrats dont la nature et les effets leur sont plus ou moins communs. Mais rien ne serait plus inique que d'appliquer ce *jus poenitendi*, dérivant du mandat, à tous les contrats *do ut des*, à l'échange par exemple. Aucun texte n'autorise une extension aussi opposée à l'équité, aussi subversive de tous les principes qui régissent les conventions; au contraire, une loi du Code la repousse de la manière la plus formelle. La L. 3, C. IV, 64, décide que l'échangiste qui a donné sans avoir reçu, s'adressera au juge, qui ordonnera à l'autre partie de donner le bien promis en échange, et qu'alors seulement, après le délai assigné à cet effet, si le contrat ne s'exécute pas, le juge autorisera la partie qui a exécuté son engagement, à reprendre ce qu'elle a donné. Cette nécessité pour la partie qui a exécuté la première, de recourir à l'intervention du juge, prouve donc bien que son seul repentir ne suffit point pour résoudre le contrat.

Quant au mandat et à la société, chacune des parties peut s'en départir sans le consentement de l'autre, et sans même que celle-ci soit en défaut d'exécuter son engagement. Le mandant peut révoquer le mandat, sauf à indemniser le mandataire des dépenses qu'il a faites de bonne foi à fin d'exécution; le mandataire peut renoncer au mandat si la chose est encore entière, *rebus adhuc integris*, c'est-à-dire si le mandat peut encore s'exécuter par d'autres,

sans perte pour le mandant (1). Chaque associé enfin peut renouer à la société, pourvu qu'il le fasse sans fraude et dans un moment qui ne soit pas inopportun, c'est-à-dire soit avant la gestion, soit après qu'une gestion est terminée, soit après ce terme (2).

Enfin dans le contrat de louage, le bailleur peut demander l'expulsion du locataire qui a négligé de payer le loyer ou fermage pendant deux ans (3); et dans le bail emphytéotique, le *dominus* peut de même demander l'expulsion de l'emphytéote, lorsque celui-ci a négligé de payer le canon pendant trois ans en règle générale, ou seulement pendant deux ans, si l'emphytéose est ecclésiastique (4).

90. Le principe de la L. 3, C. IV, 64, que nous citions plus haut, est devenu la règle dans notre droit moderne pour tous les contrats synallagmatiques, nommés ou innommés, qui commencent par un *dare*. D'après l'art. 1184 du Code civil, la partie qui a exécuté le contrat, a le choix de forcer l'autre à l'exécution, ou de demander la résolution du contrat avec dommages et intérêts. Toutefois, comme dans la loi 3, ce choix est subordonné à l'arbitrage du juge qui, avant de prononcer la résolution, pourra accorder au défendeur un délai pour exécuter le contrat et en éviter la résolution. Jusque là, la loi 3 et l'art. 1184 posent des règles tout-à-fait semblables, mais le droit français va plus loin que le droit romain; il fonde le choix du demandeur entre les deux actions, sur une condition résolutoire tacitement sous-entendue entre parties contractantes. De là cette différence importante, qu'en droit français l'action en résolution n'est pas seulement une *condictio causa data, causa non secuta*, c'est-à-dire une action personnelle donnée contre la partie avec laquelle on a contracté, mais qu'elle a aussi un caractère revendicatoire et qu'elle peut atteindre les tiers acquéreurs. En effet, la condition résolutoire étant tacitement inscrite dans le contrat de leur auteur, les tiers acquéreurs n'ont pu acqué-

(1) L. 27, § 2, D. XVII, 1.

(2) L. 63, §§ 4 et 5, D. XVII, 2.

(3) L. 54, § 1, D. XIX, 2.

(4) L. 2, C. IV, 66.

rir plus de droit que n'en avait ce dernier, et sont, comme lui, soumis à l'action en revendication.

Il existe sur ce point une seconde différence entre le droit moderne et le droit romain. Tandis que d'après l'art. 1184, la résolution du contrat peut être obtenue avec dommages et intérêts, en droit romain la *condictio causa data, causa non secuta*, ne peut avoir pour objet que la chose avec ses fruits et accessions envisagés comme étant la chose même; tous autres dommages et intérêts en sont exclus (1).

91. Lorsqu'un contrat est resté inexécuté de part et d'autre, aucune des parties ne pourrait en poursuivre l'exécution sans exécuter elle-même le contrat, ou sans faire au moins des offres valables et réelles d'exécution. La partie qui agirait avant d'avoir exécuté ou fait des offres, serait repoussée par l'exception qu'on appelle dans la doctrine *exceptio non adimpleti contractus*, et dont les principes, si pas le nom, se trouvent dans les lois romaines : *frustrà sibi fidem servari ab eo quis postulat, cui fidem a se praestitam servare recusat* (2).

92. C'est d'après ce principe général que la L. 13, § 8, D. XIX, 1, porte que l'acheteur doit offrir le paiement du prix avant de pouvoir réclamer la chose. L'offre d'une partie du prix ne suffit pas, dit cette loi, car le vendeur peut retenir comme gage la chose vendue; par conséquent il ne sera obligé de la livrer que lorsque tout le prix aura été payé ou offert. De là cette conséquence ultérieure : si l'acheteur laisse deux héritiers et que l'un offre sa part du prix, il ne pourra cependant réclamer sa part de la chose; car, la chose étant retenue par le vendeur *quasi pignus*, la livraison n'est due que lorsque tout le prix aura été payé.

Le Code civil ne dit pas que le vendeur peut retenir la chose comme un gage, mais il décide à l'art. 1612 qu'il n'est point tenu de la livrer si l'acheteur ne paie le prix. En résulterait-il que l'un des héritiers de l'acheteur, en offrant de payer sa part du prix, dût être admis à réclamer sa part de la chose? Pourrait-il prétendre

(1) V. L. 38, § 1, D. XXII, 1. — L. 4, C. IV, 7.

(2) V. L. 21, C. II, 3. — L. 16, D. II, 13.

que le prix est une dette de la succession qui se divise de plein droit, qu'il n'est donc tenu que de sa part héréditaire de la dette? Cela ne serait point admissible : la règle que le vendeur peut retenir la chose jusqu'à paiement du prix, dérive de la nature du contrat de vente, et est fondée sur ce que l'intention du vendeur n'a pu être de vendre une partie de la chose, mais bien le tout. Or, admettre l'un des héritiers à réclamer, moyennant paiement partiel, une portion indivise, ce serait forcer le vendeur à aliéner la chose en partie, ce serait l'entraîner malgré lui dans une indivision à laquelle il n'a pas songé et qu'il n'a point acceptée. La vente ne pourrait donc s'effectuer en partie sans faire violence à l'intention du vendeur; tant que l'acheteur n'aura point payé tout le prix, le vendeur pourra retenir la chose vendue; les héritiers de l'acheteur devront se concerter, ou pour offrir tout le prix au nom de tous, ou pour donner mandat à l'un d'eux, afin d'obtenir la chose contre entier paiement de ce qui est dû.

95. Il est un seul contrat dont la nature particulière autorise l'une des parties à en poursuivre l'exécution, avant qu'elle l'ait exécuté elle-même ou qu'elle ait fait des offres; c'est le louage. Le locataire peut exiger l'exécution du contrat de louage sans offrir de paiement, car le loyer ne sera dû qu'après un terme déterminé par le contrat ou par l'usage des lieux. Pareillement le *conductor operarum* peut exiger l'accomplissement des travaux sans offre de paiement, et le *locator operis* peut de même exiger l'exécution de l'entreprise. Si cependant le prix est convenu par mesures, par exemple par pied ou par toise, il doit payer les pieds ou les toises dont le mesurage a eu lieu (1).

(1) L. 39, D. XIX, 2.

CHAPITRE VII.

DE L'ERREUR.

Sommaire.

94. Notions préliminaires sur l'erreur essentielle et l'erreur accidentelle.
95. L'erreur sur la cause ou le motif qui nous porte à contracter, n'annule pas le contrat.
96. Exception : l'erreur annule le contrat si elle porte sur une cause qui, si elle eût existé, nous eût juridiquement obligés. — Exemple.
97. L'erreur sur la forme du contrat empêche qu'il n'y ait contrat, mais non qu'il n'y ait transport de la propriété s'il y a consentement à cet égard.
98. De l'erreur sur la personne. — Dans quels contrats elle est essentielle, et dans quels contrats elle est considérée comme accessoire.
99. En droit moderne l'erreur dans la personne est une cause de nullité du mariage. Ces mots *erreur dans la personne* prévoient l'erreur sur ses qualités principales et non l'erreur sur l'identité.
100. L'erreur sur l'identité de la chose, le *corpus rei*, l'objet du contrat, est toujours une cause de nullité.
101. L'erreur sur la matière, sur la qualité essentielle de la chose est, en général, une cause de nullité dans la vente et les contrats commutatifs.
102. Loi 45, D. XVIII, 1, expliquée.
103. Mais cette erreur n'est plus une cause de nullité dans les contrats pignoratifs, et dans tous les contrats unilatéraux.
104. L'erreur sur la qualité de la matière ou sur les qualités accidentelles, n'annule pas le contrat.
105. L'erreur sur le commerce de la chose annule le contrat.
106. L'erreur sur la propriété de la chose n'est pas, en général, une cause de nullité, mais elle empêche le transport de la propriété.
107. De l'erreur sur la quantité. — Elle est quelquefois une cause de nullité.
108. L'erreur sur le nom ne vicie pas le contrat.
109. Quand l'erreur sur l'existence de la chose vicie le contrat.

94. L'erreur consiste dans une opinion fausse. Elle peut être essentielle ou accidentelle, *essentialis, vel concomitans*. L'erreur essentielle empêche le consentement et le lien de l'obligation (1); l'erreur non essentielle nuit en général à celui qui erre.

Quand l'erreur est-elle essentielle? Il serait difficile, peut-être impossible, de donner des règles générales, également applicables à tous les contrats; toutefois on peut dire que l'erreur sur l'identité de la chose qui est l'objet du contrat et celle qui touche à l'intention des parties ou la forme du contrat, sont toujours essentielles. Quant à celle qui tombe sur les qualités essentielles de la chose ou de la personne, elle n'est pas également essentielle elle-même, ni de nature à vicier le consentement dans tous les contrats. Pour déterminer quand elle est essentielle, il faut distinguer 1^o les diverses espèces d'erreurs, 2^o les divers contrats. Il faudrait, selon Mühlénbruch, examiner, 3^o si les deux parties ou l'une seulement est tombée dans l'erreur; mais nous croyons cette dernière distinction sans fondement.

95. Quant à l'erreur sur la cause ou le motif qui porte les parties à contracter, en règle générale, elle ne nuit pas à la convention, qu'elle soit commune aux deux parties ou particulière à l'une d'elles. — Je fais une donation à Titius, parce que je crois que c'est lui qui m'a rendu tel service; j'achète une pièce de terre, dans l'opinion qu'elle touchera à telle grande route dont la construction est projetée; j'achète un objet pour mon usage, croyant que semblable objet m'a été volé : si je suis dans l'erreur, mon erreur n'est pas essentielle, elle est irrelevante en droit; elle ne concerne que l'intérêt, le motif qui a pu me porter à contracter; elle ne vicie pas le contrat (2). En général, les motifs de nos actions ne tombent pas sous l'application de la loi juridique. L'autre partie aurait même connu mon erreur, que je ne serais pas moins obligé; sa conscience, à la vérité, lui faisait un devoir de m'avertir; devant la loi juridique ce devoir ne lui incombait pas. Mais si elle-même m'avait induit en erreur, je pourrais lui oppo-

(1) L. 57, D. XLIV, 7.

(2) L. 32, 65, § 2, D. XII, 6.

ser l'*exceptio doti*, au moment où elle exigerait l'exécution du contrat, ou lui intenter l'action du dol si le contrat avait déjà reçu son exécution.

96. Si en général l'erreur sur la cause, c'est-à-dire sur le motif qui nous porte à contracter, n'annule pas le contrat, nous devons cependant signaler une exception à cette règle. Cette erreur annule le contrat conclu en considération d'une obligation par laquelle on se croyait débiteur d'une personne, tandis que cette obligation n'existait pas. Je me crois grevé du legs d'une maison; désirant garder la maison je promets au légataire une somme que nous déterminons de commun accord; mais je découvre plus tard un codicille par lequel le legs est révoqué : ma promesse de payer la somme est nulle, je puis même répéter la somme en cas de paiement, parce que j'ai contracté par un motif juridique qui est faux. Les auteurs modernes distinguent les deux cas, par erreur sur le motif ou cause impulsive, et erreur sur la cause; selon eux l'erreur sur le motif qui nous porte à contracter, n'annule pas la convention, mais l'erreur sur la cause l'annule; par cette dernière ils entendent une cause qui, si elle eût existé, nous eût juridiquement obligés (1).

C'est dans ce dernier sens que l'art. 1131 du Code civil prend aussi le mot *cause*, lorsqu'il décide que l'obligation *sans cause* ou sur une *fausse cause* ne peut avoir d'effet.

97. L'erreur sur la forme du contrat est toujours un obstacle au consentement et annule la convention. Je veux vous donner une somme à titre de donation, dit la L. 18, D. XII, 1; vous croyez la recevoir à titre de *mutuum*, il n'y a ni donation parce qu'à cet effet votre consentement manque, ni *mutuum* parce que sur ce point le mien fait défaut. Toutefois, comme le transport de la propriété est indépendant du contrat et n'exige que la volonté des parties, la propriété est transmise. Si la L. 18 ne le déclare pas explicitement, la L. 36, D. XLI, 1, le dit en termes formels. Il y a en effet consentement réciproque sur ce point, car celui qui veut donner, a l'intention de transférer la propriété, comme celui

(1) L. 3, § 1, D. XIX, 1. — Comparez DURANTON, t. X, n° 110-111.

qui veut emprunter croit la recevoir. Donc une première conséquence est que l'argent donné en *mutuum*, ne peut être revendiqué; mais il peut être répété par une *condictio sine causa*, à laquelle, en cas de consommation, on opposera l'exception *doli, quoniam secundum voluntatem dantis, nummi consumiti sunt*. Donc, d'après ces deux lois, ni donation ni *mutuum*, mais transport de la propriété, partant *condictio sine causa*, et *exceptio doli* en cas de consommation.

Cependant, à cause des mots *magisque nummos percipientis non fieri*, que nous lisons à la L. 18, on pourrait croire que suivant Ulpien il n'y ait pas même transport de la propriété, ce qui mettrait la L. 18 en opposition formelle avec la L. 36. Mais il est à remarquer qu'Ulpien ne s'occupe que de la nullité de la convention et non du transport de la propriété, question toute différente. Lorsqu'il dit : *magisque nummos accipientis non fieri*, il veut seulement indiquer que le *mutuum* ainsi appelé *quod de meo tuum fit* ne peut exister, et que les espèces n'ont pu devenir la propriété de l'acceptant par *mutuum*, puisqu'il les a reçues dans une autre intention. Sont-elles cependant devenues sa propriété à quelque autre titre? C'est ce qu'Ulpien n'examine pas, ne s'occupant que du sort de l'obligation, et non de celui de la propriété (1).

98. Pour déterminer si l'erreur sur la personne est un obstacle au consentement, il faut distinguer : 1° Les contrats gratuits et la transaction qui participe de leur nature, auxquels on peut sous quelques rapports assimiler le mariage, 2° le contrats onéreux qui consistent *in faciendo*, 3° les autres contrats onéreux.

Dans les contrats gratuits, la considération de la personne que l'on veut favoriser et s'attacher par des bienfaits est toujours principale. L'erreur sur cette personne, c'est-à-dire sur son identité, empêchera donc le consentement et frappera de nullité la disposition même.

Cette règle ne s'applique pas seulement à la donation et au prêt gratuit, mais aussi à la transaction; car bien que celle-ci ne soit

(1) V. AVERANII, *Interpret. jur.*, Lib. 1, cap. XVII.

pas un contrat entièrement gratuit, elle implique pourtant sacrifice et est supposée faite aussi en considération de la personne avec laquelle on transige. Si donc cette personne n'est point celle avec qui je croyais traiter, la transaction ne pourra m'être opposée. Je transige avec tel héritier, croyant transiger avec tel autre; ou créancier d'une succession, je prends pour héritier celui qui ne l'est pas : dans aucun des deux cas la transaction ne produira ses effets, car le véritable héritier n'est pas obligé par le fait d'un autre, et moi-même je ne suis pas lié envers l'héritier avec qui je n'avais pas l'intention de traiter (1).

Pour les contrats onéreux qui consistent *in faciendo*, la doctrine admet généralement, et avec raison, que la considération de la personne est présumée essentielle, lorsqu'il résulte des circonstances, qu'on a voulu contracter avec un artisan habile, qu'on a commandé une œuvre d'art, et qu'on s'est trompé de personne.

Quant au louage d'ouvrage, et aux autres contrats onéreux et commutatifs, vente, échange, etc., la considération de la personne n'y est jamais présumée essentielle, et l'erreur de la personne n'y saurait être un obstacle au consentement, à moins toutefois qu'il ne fût prouvé que la partie qui invoque l'erreur, a manifesté en contractant, l'intention de contracter seulement avec telle personne et non avec toute autre (2).

Dans le mandat et dans la société, la considération de la personne est aussi plus ou moins essentielle, mais la loi n'accorde d'autre garantie aux parties contractantes que la faculté de se départir du contrat à certaines conditions que nous avons déjà eu l'occasion de faire connaître; aucune nullité n'est prononcée pour cause d'erreur sur la personne.

Il nous reste à faire cette remarque, que pour tous les cas où le contrat est nul du chef d'erreur sur la personne, la nullité n'est pas absolue et ne peut être invoquée que par celui des contractants qui a été dans l'erreur (3).

(1) V. L. 3, § 2, D. II, 15, et art. 2053 du Code civil.

(2) V. L. 32, D. XXII, 1.

(3) Comparez THIBAUT, *Civil. Abhandl.*, II, 449.

99. « *L'erreur dans la personne* » est aussi, de nos jours, une cause de nullité dans le mariage, mais quel est le sens qu'il faut attribuer à ces mots de l'art. 180 du Code civil ? Si une personne a été substituée à une autre, il n'y a pas de mariage parce que le consentement est vicié, ou pour mieux dire parce que le *duorum consensus in idem placitum* fait défaut. Serait-ce là le cas que le législateur français a voulu désigner par les termes de l'art. 180 : *erreur dans la personne* ? De nombreux auteurs l'enseignent en invoquant les paroles de Portalis dans l'exposé des motifs : « L'erreur en matière de mariage ne s'entend pas d'une simple erreur sur les qualités, la fortune ou la condition de la personne à laquelle on s'unit, mais d'une erreur qui aurait pour objet la personne même. Mon intention déclarée était d'épouser une telle personne; on me trompe, ou je suis trompé par un concours singulier de circonstances, et j'en épouse une autre qui lui est substituée à mon insu et contre mon gré : le mariage est nul. » Nous ne pouvons cependant admettre cette opinion. L'erreur que Portalis signale, très-possible autrefois dans les mariages de princes et de personnes de distinction, ne peut guère se reproduire en présence des solennités requises de nos jours. D'ailleurs les termes de l'art. 146 : « il n'y a pas de mariage sans consentement, » la prévoient déjà implicitement si elle pouvait encore se présenter, et rendraient inutile la disposition de l'art. 180, si elle devait être entendue dans ce sens. Il faut donc admettre que par *erreur dans la personne*, le législateur a voulu désigner l'erreur sur certaines qualités de la personne, qualités qu'il laisse à la doctrine et à la jurisprudence le soin de déterminer (1).

Suivant le droit canon, dont l'autorité en cette matière a toujours été prépondérante, l'erreur sur les qualités morales de la personne, sur sa position sociale, sur sa famille, sur son extraction, ne pouvait être prise en considération; et quant aux qualités physiques, suivant le même droit, on devait considérer comme cause de nullité les défauts physiques qui s'opposent à la propa-

(1) Comparez MARCADÉ sur l'art. 180. — POTIER, *Traité du contrat de Mariage*, 218 et suiv.

gation de l'espèce, pourvu qu'ils eussent existé avant le mariage et eussent été ignorés de celui qui demandait la nullité.

Quant à l'erreur sur les qualités physiques, la jurisprudence et la doctrine semblent s'écarter du droit canon (1), tandis que dans un cas qui mérite d'être rapporté, la jurisprudence a admis la seule erreur sur les qualités morales comme une cause de nullité. Un arrêt de Colmar du 6 décembre 1811 (2) approuvé par Toullier, Delvincourt, Duranton, Marcadé, a prononcé sur la demande de la partie intéressée, la nullité d'un mariage qu'une femme catholique avait contracté avec un moine profès dont la qualité lui avait été cachée. Cette décision mérite une complète approbation. Je n'en puis dire autant d'un arrêt de Bourges, du 6 août 1827, qui a annulé un mariage où l'une des parties avait pris un nom de famille qui ne lui appartenait pas. L'erreur ne portant ici que sur le nom, sur l'extraction, et non pas sur l'identité de la personne ni sur ses qualités, ne pouvait être regardée comme cause de nullité.

100. L'erreur sur l'identité de la chose, *corpus rei*, est toujours un obstacle au consentement. La convention, quelle qu'en soit l'espèce, est donc nulle.

Si l'on s'était trompé seulement sur l'identité d'une chose accessoire, mais qu'il y eût accord sur la chose principale, le contrat existerait. Supposez avec la L. 34, D. XVIII, 1, que dans le contrat de vente d'un fonds, se soit trouvée la clause que l'esclave Stichus est compris dans la vente, mais que le vendeur ayant plusieurs esclaves Stichus, il y ait eu erreur sur l'individu : la vente sera valable, dit la loi, et le vendeur livrera le Stichus qu'il a entendu vendre; décision fondée sur ce que le vendeur est débiteur d'une chose indéterminée, d'un *genus*, que c'est par conséquent à lui que le choix doit appartenir.

101. Quant à l'erreur sur la matière, sur la qualité essentielle

(1) V. TOULLIER, I, 526. — DURANTON, II, 67 à 71. — ZACHARIE, § 462 et 464, 6°. — RIOM, 30 juin 1828. — GÈNES, 7 mars 1811. — *Contrà* : TRÈVES, 26 janvier et 1^{er} juillet 1808. — MARCADÉ sur l'art. 180. — MERLIN, *Rep.*, t. XIV, p. 189 (8^e éd.)

(2) SIREY, XII, 2, 89.

de la chose, nous distinguerons : 1° La vente, et les contrats commutatifs qui suivent les mêmes lois; 2° les contrats unilatéraux, c'est-à-dire les stipulations, qui n'établissent qu'une seule obligation, et où le stipulant ou créancier est toujours intéressé à ce que le contrat ait son effet.

Dans le contrat de vente, l'erreur sur la matière, en tant que qualité essentielle de la chose, est une cause de nullité (1). L'erreur sur la qualité essentielle de la chose se confond ici avec l'erreur sur le prix; c'est, dit la L. 9, § 2, D. XVIII, 1, comme si une chose m'avait été vendue pour une autre : *aliud pro alio venisse videtur*.

Cependant il importe ici de faire plusieurs remarques. Il n'y a pas erreur sur la qualité essentielle lorsque la matière est or ou argent comme l'avaient cru les parties, tout en étant d'un titre plus bas que ne l'avait pensé l'acheteur, l'or ou l'argent contenant de l'alliage. Dans ce cas la vente est valable, dit Voet (2), et à la vérité c'est ce que décide la L. 14, D. XVIII, 1, pour un objet considéré comme étant d'or et qui contenait une certaine quantité de cuivre (3). Mais cette loi ne nous paraît pas avoir un sens aussi absolu que celui que Voet y attache, car il est à considérer qu'il s'agissait d'une vente entre cohéritiers qui tous ignoraient le vrai titre du métal (4), et que le prix avait été fixé par experts (*pretio exquisito*), de sorte que peut-être on avait déjà tenu compte, dans cette évaluation, de la valeur intrinsèque du métal.

(1) L. 9, § 2; L. 11 in f.; L. 41, § 1, D. XVIII, 1.

M. Marcadé traitant de cette cause d'annulation avec la supériorité qui le distingue, donne une excellente définition des qualités essentielles ou substantielles de la chose au point de vue du droit, lorsqu'il dit : « On doit entendre par qualité substantielle toute qualité qui, n'étant pas susceptible de plus ou de moins, fait passer l'objet dans telle espèce ou dans telle autre espèce, selon que cette qualité existe ou n'existe pas. » (T. IV, p. 379).

(2) Voet, *ad Pandect.*, Liv. 18, Tit. 1, n° 5.

(3) De la L. 45, D. XVIII, 1, il résulte que si cette vente est valable, elle donne cependant lieu à des dommages et intérêts lorsque le vendeur a connu l'altération, et seulement à une réduction de prix lorsqu'il l'a ignorée.

(4) *In hujusmodi quaestionibus personae ementium et vendentium spectari debent*. L. 12, D. XVIII, 1.

L'erreur sur la matière cesse d'être une cause de nullité lorsque les parties ont plutôt considéré la forme de l'objet vendu, le travail exquis de l'artisan, que la matière : *si ejus modi sit res*, dit Mühlenbruch, *in qua forma potius respiciatur quam materia*.

102. Aux lois qui déclarent nulle la vente où il y a erreur sur la matière, on a opposé la L. 43, D. XVIII, 1, *in fine*, qui y paraît contraire; car d'après cette loi, si le vendeur vend de bonne foi un vase d'*aurichalcum* (1) pour un vase d'or, il sera obligé *ut aurum quod vendidit praestet*.

Selon l'interprétation de Cujas, la vente est nulle; mais le vendeur se fût-il trompé lui-même (*ignorans*) est tenu de livrer les mêmes objets en or. Averanius au contraire croit que le contrat est valable en tous points; il suppose que le vendeur avait deux vases, l'un d'or, l'autre d'*aurichalcum*, lequel aurait été considéré aussi comme étant d'or; que l'un de ces vases aurait été vendu sans désignation de l'espèce et qu'enfin le vase d'*aurichalcum* aurait été livré. Dans cette hypothèse, dit Averanius, la vente est valable, car les deux parties ont eu en vue un vase en or, *in genere*, et le vase en or peut seul être livré par le vendeur (2).

Sans croire qu'il faille recourir à l'hypothèse d'Averanius, nous tenons cependant la vente pour valable. L'erreur ne porte pas sur les qualités substantielles, attendu que l'*aurichalcum* est une espèce d'or; d'ailleurs l'exemple qui précède dans la même loi (3), prouve qu'il est question de cas où la vente est valable, et où l'erreur ne tombe que sur une qualité accidentelle. Les mots : *ut aurum quod vendidit praestet*, signifieraient donc que le vendeur est tenu de faire une réduction du prix en raison de l'or que le vase devait contenir.

103. Ces règles concernant l'erreur sur la matière, applicables à tous les contrats commutatifs où il y a prestation de part et d'autre, cessent de l'être aux contrats pignoratifs, et à tous les

(1) L'*aurichalcum* suivant les uns, serait un métal inconnu aujourd'hui, suivant les autres, un alliage d'or et de cuivre.

(2) Cf. Cujas, ad L. 62, § 1, D. XVIII, 1, et L. 21, § 2, D. XIX, 1; Averanius, Liv. 1, C. XIX, n° 9.

(3) *Si vestimenta interpola quis emerit...* L. 4, 5, D. XVIII, 1.

contrats unilatéraux, donations, stipulations, etc., par ce motif que celui qui doit recevoir la chose n'a aucun intérêt à ce que le contrat soit nul. Si dans les contrats commutatifs, l'erreur sur la matière ou sur les qualités essentielles de la chose annule le contrat, c'est à cause du prix ou de la contreprestation qui dépend de ces qualités, motif qui ne s'étend ni aux contrats unilatéraux, ni au gage où le seul consentement sur la chose doit suffire (1). D'après cela la L. 1, § 2, D. XIII, 7, décide que si on m'a donné en gage un objet de cuivre qu'on a cru d'or, comme il y a consentement sur la chose, l'objet sera engagé et le créancier aura en outre l'action *pignoratitia contraria*, en supplément de garantie. Pareillement d'après la L. 22, D. XLV, 1, si j'ai stipulé un objet de cuivre que je croyais d'or, le promettant sera tenu de me fournir l'objet stipulé, *quia in corpus consensus est*.

104. L'erreur qui tombe sur la qualité de la matière, sur la bonté, sur l'aloi, n'annule pas la convention (2). Si par exemple la matière que l'on a achetée n'est pas dure, la convention est cependant valable. Elle l'est encore si l'on achète par exemple un objet déjà usé, le croyant neuf. Mais si la qualité quoiqu'accidentelle a été l'objet de la convention des parties, si des effets ont été vendus pour neufs, tandis qu'ils sont déjà usés, le vendeur doit des dommages et intérêts à l'acheteur, parce qu'en général il doit tenir tout ce qu'il a promis. La L. 43, D. XVIII, 1, qui nous a déjà occupé, trace la règle à cet égard. Si, dit cette loi, des vêtements ont été vendus comme neufs, et que l'acheteur reconnaisse qu'ils sont usés, il a contre le vendeur qui l'a trompé l'*actio empti* en tous dommages et intérêts comprenant la perte et le gain omis. Si le vendeur s'est trompé lui-même, l'acheteur n'aura droit qu'à une réduction du prix (3). De plus, si la chose renferme des vices cachés qui en empêchent l'usage, l'acheteur a les actions *édilictiennes*.

105. Quant à l'erreur sur le commerce, celui qui promet de

(1) Cf. AVERANII, *Interp.*, Liv. 1, c. 19, n° 6.

(2) L. 10 et 14, D. XVIII, 1.

(3) L. 21, § 2, D. XIX, 1.

donner ou de livrer une chose hors du commerce, promet l'impossible. Donc en soi pareille promesse est nulle (1). Toutefois celui qui vend une chose hors du commerce, s'il est de mauvaise foi, sera tenu à cause de cette mauvaise foi, et s'il a ignoré la qualité de la chose, il sera encore tenu, car il est coupable d'une erreur ou d'une ignorance qui n'est pas excusable. De là la conséquence que l'acheteur de bonne foi, quoique d'après le principe précité la vente soit nulle, *licet emptio non teneat*, dit la L. 62, § 1, D. XVIII, 1, a droit à des dommages et intérêts. En ce sens l'erreur sur le commerce de la chose n'empêche pas la vente d'avoir ses effets en faveur de l'acheteur de bonne foi. Toutefois cela n'autorise pas à dire avec Mühlenbruch, que cette erreur n'est pas essentielle, puisque nous lisons à la loi citée : *licet emptio non teneat*, et qu'en réalité la convention est annulée par l'impossibilité de l'exécuter.

106. Quant à l'erreur sur la propriété, en règle générale elle n'empêche pas l'existence du contrat, excepté le cas où l'on stipule ou achète *rem propriam* (2). Cette règle est fondée sur ce qu'on peut valablement acheter et stipuler la chose d'autrui. Il faut ajouter que là où le transport de la propriété est requis pour l'existence du contrat, comme dans le *mutuum*, dans la *permutatio*, l'erreur sur la propriété empêche aussi l'existence du contrat lorsqu'on donne la chose d'autrui pour la sienne propre.

Mais si en règle générale l'erreur sur la propriété n'empêche pas l'existence de la convention, elle est cependant un obstacle au transport de la propriété. Si je vends la chose d'autrui comme mienne, l'inefficacité de la vente et de la tradition quant à la propriété, résulte de ce que le propriétaire est le seul qui puisse transférer la propriété; mais si je vends ma chose comme appartenant à autrui, par exemple, si Titius me donne mandat de vendre ma chose que moi je crois lui appartenir, la vente sera bien valable parce qu'il y a consentement sur la chose et le prix, et parce qu'en vendant comme mandataire je m'oblige personnelle-

(1) L. 137, § 6, D. XLV, 1. — L. 4, D. XVIII, 1.

(2) L. 16, D. XVIII, 1. — L. 82, D. XLV, 1.

ment, mais il n'y aura pas transport de la propriété parce que j'ai voulu transférer non pas ma propriété mais celle de Titius : il n'y a donc pas d'accord sur la tradition, toutefois si j'intentais la revendication je serais repoussé par l'*exceptio rei venditæ et traditæ* (1).

En droit moderne cette exception ne pourrait être opposée au mandataire qui a fait connaître son mandat, parce que dès lors celui-ci ne s'oblige pas lui-même. Si donc je vends en qualité de mandataire ma propre chose pour celle d'autrui, rien n'arrêtera mon action en revendication si la chose est un immeuble; que si c'est un meuble, l'acheteur sera protégé par la règle de l'art. 2279 : *En fait de meubles la possession vaut titre*.

107. L'erreur sur la quantité, en règle générale, n'annule pas le contrat, à moins que les parties n'aient fait dépendre sa validité d'une quantité déterminée, ou que le désaccord n'existe sur le prix et que l'offre du prix ne soit inférieure à la demande.

Jc veux un fonds avec indication d'un tel nombre d'arpents et de verges, s'il y a erreur sur la quantité, la vente n'est pas nulle, mais le prix sera diminué en proportion de ce qui manque, ou augmenté en proportion de l'excédant (2). Il en serait autrement si les parties avaient formellement fait dépendre la convention d'une quantité déterminée.

S'agit-il de stipulations sur une quantité, soit que le promettant promette plus, soit qu'il promette moins, il y aura consentement; on applique la règle : *quod magis est, minus in se continet* (3) à laquelle le § 5, Inst. III, 20, n'est pas contraire quand il dit que la stipulation est inutile, car il signifie que l'excédant est inutilement promis ou stipulé.

Mais la règle *quod magis...*, vraie pour les stipulations, ne s'applique pas aux contrats commutatifs, à la vente, à l'échange. Dans ces contrats il n'y a consentement qu'en tant que le promettant offre plus que le vendeur ou le bailleur ne demande. Je

(1) L. 35, D. XLI, 1.

(2) L. 4, § 1, et L. 42, D. XIX, 1.

(3) L. 1, § 4, D. XLV, 1.

crois que vous me demandez 20,000 fr., j'en offre 10,000 : il est évident qu'il n'y a pas de contrat, mais si l'on renverse les chiffres, que je vous offre par exemple 20,000 fr., lorsque vous ne m'en demandez que 10,000, il y a aura vente à raison des 10,000 fr., attendu que celui qui a consenti à donner 20,000 fr., consent par cela même à en donner 10,000.

108. L'erreur sur le nom de la personne ou sur le nom de la chose ne vicie pas le contrat, si d'ailleurs les parties ne se sont pas trompées sur l'identité. *Si in nomine dissentiamus*, dit la L. 9, § 1, D. XVIII, 1, *verum de corpore constet, nulla dubitatio est quin valeat emptio et venditio : Nihil enim facit error communis, cum de corpore constat.*

109. L'erreur sur l'existence de la chose vicie le contrat lorsqu'au moment du contrat la chose a péri en entier ou plus d'à moitié. Mühlenbruch ajoute cette condition : que les deux parties se soient trompées. Et en effet si seulement l'une d'elles s'est trompée, l'autre qui a contracté de mauvaise foi, sera tenue de payer à la partie qui se trompe les dommages et intérêts résultant de l'erreur. La L. 57, D. XVIII, 1, décide que la vente d'une maison qui était presque entièrement détruite au moment du contrat, oblige le vendeur qui a contracté connaissant l'accident, à payer à l'acheteur qui l'a ignoré les dommages et intérêts résultant de ce que l'acheteur ne peut avoir la maison à l'état d'intégrité et à l'instant même. Quant à l'acheteur qui a connu l'état des choses, il devra payer le prix au vendeur de bonne foi, qui livrera ce qui reste de la maison. L'acheteur l'a ainsi voulu, il est censé avoir fait donation. Telle est encore la décision de la loi déjà citée. Si elle ne soumet le vendeur de bonne foi à aucuns dommages et intérêts, cette différence entre la vente de la chose qui n'existe pas, et celle de la chose qui est hors du commerce, est fondée sur ce que le vendeur qui ignore la destruction fortuite d'une maison, se trouve dans une ignorance de fait qui est généralement excusable, tandis que l'ignorance concernant le commerce de la chose constitue une *error juris* que la loi n'excuse pas dans la personne du vendeur.

CHAPITRE VIII.

DU DOL.

Sommaire.

- 110. Du dol. — *Dolus causam dans, dolus incidens*. Le premier est seul une cause de rescision; le second ne donne ouverture qu'à des dommages et intérêts.
 - 111. Le *dolus causam dans* n'annule pas le contrat *ipso jure*, il le rend seulement rescindable.
 - 112. Cette règle est générale. Réfutation de l'opinion contraire.
 - 113. Effets du dol dans les conventions libératoires. Lois 20 et 25, D. IV, 2, conciliées.
 - 114. Résumé des n^{os} précédents.
 - 115. Du cas où le dol a été pratiqué par un tiers. Caractère subsidiaire de l'*actio doli*.
 - 116. La partie lésée par le dol peut être forcée à choisir entre la rescision et l'exécution du contrat.
-

110. Le dol est une manœuvre ou dissimulation de la part de l'un des contractants afin de tromper l'autre et de lui causer un préjudice (1). Le dol implique donc erreur, mais erreur d'une part, soutenue par la mauvaise foi d'autre part; c'est par ce motif qu'il rend le contrat rescindable dans les cas mêmes où l'erreur des deux parties le laisserait subsister.

Pour déterminer les effets du dol, il faut avant tout distinguer le *dolus causam dans*, et le *dolus incidens*. Le premier donne à la partie trompée le droit de faire rescinder le contrat; le second ne donne pas ouverture à la rescision mais seulement à des dommages et intérêts. Cette distinction, presque généralement admise par la doctrine, résulte des textes cités plus bas, sans qu'elle y soit

(1) L. 7, § 9, D. II, 14.

cependant explicitement formulée. Aussi y a-t-il désaccord parmi les auteurs sur le sens précis des expressions : *dolus causam dans* et *dolus incidens*; quelques-uns ont même soutenu que le dol incident donnait le droit d'exiger la rescision du contrat et que partant la distinction n'existait pas. Comme nous le verrons, cette opinion ne peut être admise.

Par *dolus causam dans* il faut entendre non seulement une machination qu'on a employée pour engager la partie contractante à donner ou à s'obliger (1), mais encore toute dissimulation qui relativement aux qualités de la chose entretient l'un des parties dans une erreur sans laquelle elle n'aurait apparemment pas contracté. Voyons les exemples que nous donnent les lois romaines.

D'après la L. 11, § 1, D. XVIII, 1, l'erreur sur le sexe de l'esclave commise dans le contrat de vente est essentielle, tandis que celle qui porte sur la qualité de vierge ou de mère, ne l'est point et ne donne lieu à aucune diminution de prix, lors même qu'elle est commune aux deux parties. D'autre part la L. 11, § 3, D. XIX, 1, décide que si j'ai cru acheter une vierge, que l'esclave vendu ne le soit pas, et que le vendeur ait connu mon erreur au moment où nous contractions, je pourrai demander la rescision du contrat. Pourquoi ces décisions différentes? Parce que dans le premier cas il n'y a qu'erreur, tandis que dans le second il y a dol. Il faut présumer que je n'aurais pas acheté l'esclave si j'avais connu l'absence d'une qualité que je désirais en elle. C'est la dissimulation du vendeur qui m'a porté à contracter, et qui est aussi la cause de l'annulation de la convention.

La L. 43, D. XVIII, 1, décide que si un fripier a acheté pour neufs des vêtements qui ne l'étaient point, le vendeur qui a connu l'état des vêtements sera tenu des dommages et intérêts sans qu'il doive souffrir la rescision de la vente. La loi n'accorde à l'acheteur que des dommages et intérêts, parce qu'il est à présumer que faisant le commerce de vêtements, il eut également contracté s'il avait su que les habits offerts étaient vieux. La dissimulation du

(1) L. 12, § 1, D. XXIII, 3.

vendeur, quoiqu'elle ait lésé l'autre partie, n'a donc pas été la cause impulsive du contrat, et la convention subsiste.

La L. 7, D. IV, 3, déclare la vente nulle lorsque c'est l'erreur causée par le dol qui a engagé le vendeur à contracter : *Nullam esse venditionem*, dit Ulpien, *si in hoc ipso ut venderet, circumscriptus est*. Mais, d'après la L. 15, § 4, D. XIX, 1, si le vendeur a usé de dol non pas pour engager l'acheteur à contracter, mais pour obtenir un prix plus élevé, s'il a préconisé dans la chose vendue des qualités qu'elle n'avait pas, l'acheteur aura droit à une réduction de prix, mais non à la rescision du contrat.

Il est donc prouvé que le dol n'est pas toujours une cause de rescision. Le dol par lequel une partie a induit ou entretenu sciemment l'autre dans une erreur concernant les qualités de la chose, a-t-il eu pour effet d'amener un contrat qui sans cette erreur n'eût pas eu lieu, ou bien seulement de majorer le prix, telle est la question qu'on aura à examiner. Au premier cas, le dol donnera lieu à la rescision comme *dolus causam* dans, au deuxième il ne donnera ouverture qu'à des dommages et intérêts.

111. La question de savoir si le *dolus causam* dans annulle le contrat de plein droit, ou le rend rescindable, a soulevé quelques débats à cause des mots *ipso jure nullum* qu'on trouve dans les textes. Pour expliquer ces termes, quelques notions historiques sont nécessaires.

Avant son exécution, le contrat vicié de dol donnait lieu à une exception qui était renfermée *ipso jure* dans les contrats de bonne foi, car depuis l'abolition des *legis actiones* la clause *dolum malum abfuturum* était toujours sous-entendue. De là cette conséquence que du temps de la procédure formulaire, le *judex* devait accueillir l'*exceptio doli* alors même qu'elle n'était pas mentionnée dans la formule. Dans les contrats *stricti juris*, au contraire, le juge n'y pouvait avoir égard que lorsque cette mention avait été faite. Quand le contrat vicié de dol avait reçu exécution, la partie trompée conservait un recours fondé sur l'équité. Elle pouvait demander la rescision du contrat avec dommages et intérêts, ou si elle l'aimait mieux, maintenir le contrat, et forcer l'autre partie à l'exécuter tout en exigeant d'elle la réparation du dommage causé

par son dol. Le contrat restait donc valide, et l'alternative se poursuivait par l'action du contrat à cause de la clause tacite *dolum abfuturum*.

Dans les contrats unilatéraux qui sont *stricti juris*, il ne pouvait être question d'une alternative, mais seulement de la rescision introduite par le Préteur dans son édit sur les restitutions en entier, rescision qu'on pouvait poursuivre pendant deux ans seulement avec tous les dommages et intérêts au moyen de l'*actio doli*, car les actions prétoriennes étaient temporaires. Mais à côté de cette action, il y avait l'action civile *in factum* fondée sur le principe qu'on ne peut s'enrichir *cum alterius detrimento et injuria*, action qui à la différence de la précédente, durait trente ans et se donnait contre les héritiers, mais ne faisait obtenir que ce dont l'autre partie s'était enrichie.

Tels sont les effets du *dolus causam dans*. Le contrat n'est pas nul de plein droit, et la partie lésée par le dol est la seule qui puisse invoquer la nullité; c'est pourquoi des textes disent : *dolo deceptum non obligari*. Que si l'on rencontre ailleurs l'expression *ipso jure nullum*, nous verrons que cela ne change rien au principe que nous venons d'énoncer, à savoir que les contrats viciés de dol doivent pour perdre leur effet, être rescindés, et partant ne peuvent être confondus avec ceux où il y a défaut d'objet, ou manque de consentement, ou omission d'une formalité requise.

112. Telle est aussi l'opinion professée par Mühlenbruch au § 357, à cette différence près cependant, que selon lui il y aurait trois cas exceptionnels où le contrat vicié de dol serait nul de plein droit, à savoir : 1° Lorsque le dol aurait été pratiqué par les deux parties; 2° lorsqu'une société aurait été contractée dans un but frauduleux; 3° lorsque le tuteur aurait frauduleusement acquis un bien de son pupille, vendu par l'autorité de son cotuteur.

On cherche vainement les motifs de ces exceptions. Comment concevoir que le dol, qui en règle générale laisse au contrat l'apparence de la réalité et lui conserve tous ses effets, si la rescision n'est demandée par la partie trompée, opère dans tels autres cas par voie de nullité et empêche le contrat de se former comme il arrive du contrat dont l'objet est illicite, ou de celui où les parties

ont omis l'une ou l'autre formalité requise pour son existence? Si c'est là ce que Mühlenbruch veut indiquer en disant que dans les cas mentionnés, le dol annule le contrat *ipso jure*, nous devons repousser cette opinion comme contraire à la nature des choses. Le contrat obtenu par dol comme celui entaché de violence, existe, *coacta voluntas est voluntas*, seulement si le dol est prouvé il dépouille le contrat de ses effets, parce que le consentement a été intérieurement vicié. Il faut donc se garder de voir dans les textes que Mühlenbruch cite comme exception, une signification que ces textes n'ont pas. Si à la L. 57, § 5, D. XVIII, 1, concernant le dol des deux parties, le jurisconsulte Paul dit : *nihil actum fuisse, dolo inter utramque partem compensando*.... ces termes ne sont pas la preuve d'une nullité absolue; ils signifient non pas que le dol empêche le contrat d'exister, mais qu'aucune des parties n'en peut réclamer l'exécution parce qu'aucune n'est de bonne foi. Le *judicium* ne peut rester debout, continue Paul, lorsque le dol est commun aux deux parties, c'est-à-dire que le *judicium* étant de bonne foi, il n'est pas nécessaire de recourir à la restitution en entier pour faire rescinder le contrat entaché de dol. En effet, on trouve le remède au dol dans l'action de bonne foi née du contrat lui-même; car comme nous venons de le voir, la clause *dolum malum abfuturum* y était implicitement contenue. Tel est aussi le motif pour lequel la L. 5, § 5, D. XVII, 2, concernant la fraude dans le contrat de société, et la L. 5, § 2, D. XXVI, 8, concernant la vente du bien du pupille faite frauduleusement par le tuteur, déclarent nulles *ipso jure* et la société et la vente, ce qui signifie qu'il n'est pas nécessaire de se pourvoir par la restitution en entier, le remède se trouvant encore dans le contrat même. C'est ce qu'indiquent clairement les mots de la première de ces lois : *societas... nullius momenti est quia fides bona contraria est fraudi et dolo*. Le dol est contraire à la bonne foi qui est l'âme de ces contrats, lesquels comprennent toujours la clause tacite *dolum malum abfuturum*, tandis que le principe des contrats *stricti juris* est : *uti lingua nuncupasset ita jus esto*.

Par conséquent, lorsque quelques textes disent que le contrat entaché de dol est nul *ipso jure*, il faut se garder d'attribuer au dol

des effets qu'il ne peut avoir. Le dol n'empêche pas qu'il y ait contrat, il n'opère que par voie d'exception, il rend le contrat rescindable. La rescision peut même se prescrire; elle est soumise à une prescription de dix ans en droit français; et en droit romain l'*actio doli* dans les contrats *stricti juris* ne dure que deux ans. Si donc il est parlé dans quelques textes de contrats nuls *ipso jure*, ces termes indiquent seulement que dans les contrats de bonne foi, on n'a pas besoin de recourir à la restitution en entier, indispensable dans les contrats *stricti juris*. Donc la règle admise par Mühlenbruch lui-même, à savoir que le dol rend le contrat non pas nul, mais rescindable, ne souffre aucune exception.

113. Lorsque le dol a été pratiqué dans une convention libératoire, la partie lésée (le créancier dont la créance a été éteinte) ne peut se défendre ni par voie d'exception, ni par voie de réplique. Il sera donc nécessaire qu'il recoure à l'action *doli*, laquelle, comme action subsidiaire, ne peut être intentée qu'à défaut de toute autre action ou exception (1). Un débiteur, dit la L. 38, D. IV, 3, se présente à son créancier avec une lettre qu'il prétend écrite par Titius; au moyen de cette fausse lettre il obtient sa libération *per acceptilationem* : le créancier trompé par le dol du débiteur aura contre lui l'*actio doli*. La L. 28, D. IV, 3, statuant sur le même cas, ajoute qu'en cas de libération le créancier peut toujours intenter l'*actio in factum* contre l'héritier. En effet l'héritier se trouve enrichi du montant de la dette par son extinction, donc il devra payer toute la somme en vertu du principe : *nemo cum alterius detrimento locupletior fieri potest*, principe sur lequel le droit civil a fondé l'*actio in factum*. Toutefois à cause de la qualité subsidiaire de l'action *doli*, lorsque sur une action est intervenu un jugement libératoire passé en force de chose jugée, les L. 20 et 23, D. IV, 3, nous montrent qu'il y a une distinction à faire, et que notamment il faut examiner si le juge a déclaré la prétention non justifiée au fond, ou bien s'il a débouté le demandeur parce que le défendeur, sans contester le droit, a pré-

(1) L. 1, § 7, D. IV, 3.

tendu avoir payé ce qui était dû. Au premier cas, lorsque comme le suppose la L. 20, § 1, le jugement qui a été obtenu par dol a porté sur le fond, il ne reste d'autre remède que l'*actio doli*; au deuxième cas, le fond du droit n'ayant pas été contesté, et le demandeur ayant été débouté seulement par fin de non-recevoir, par l'exception du paiement, l'action peut derechef être intentée, et si le défendeur oppose le jugement absoluire par forme d'exception, il sera repoussé par la *replicatio doli*.

Voici les espèces de ces deux lois. En ma qualité d'héritier de A, j'intente une action contre B, pour demander compte à celui-ci de la société que je prétends avoir existé entre A et B. Le défendeur m'assure en justice qu'il n'a pas existé de société entre lui et A. Je m'en rapporte à cette déclaration et de la sorte il intervient un jugement qui, attendu qu'aucune société n'a existé, me déboute de ma demande. Ce jugement passé en force de chose jugée, établit comme vérité irréfragable, comme présomption *juris et de jure*, qu'il n'y a pas eu de société entre A et B. Je ne pourrais donc plus être écouté si je voulais établir par des preuves nouvelles que cette société a réellement existé. Mais, dit la L. 20, § 1, et précisément parce que je n'ai pas d'autre action, je pourrai prouver que l'assertion de B en justice a été fautive et frauduleuse, j'aurai contre lui l'*actio doli* (1). Si au contraire, comme dans l'hypothèse de la L. 23, le fondement de l'action n'a pas été jugé, si par exemple j'intente contre B une action en remboursement d'une créance, et que B sans contester mon titre se soit borné à m'opposer que cette créance a été payée par lui à mon esclave ou à mon mandataire et qu'enfin j'ajoute foi à cette déclaration fautive, je pourrai après le jugement absoluire intenter derechef mon action contre B, et si l'*exceptio rei judicatae* m'est opposée, je la repousserai par la *replicatio doli*.

La diversité de ces décisions résulte donc directement de la qualité subsidiaire de l'*actio doli*, et des principes sur l'*exceptio*

(1) Aujourd'hui le dol personnel à l'une des parties touchant les faits sur lesquels il intervient un jugement, est une des causes qui donnent lieu à la requête civile tendant à faire rétracter le jugement passé en force de chose jugée. Art. 480 du Code de Proc.

rei judicatae, laquelle ne paralyse une deuxième demande entre mêmes personnes que lorsqu'il y a *eadem res et eadem causa*.

114. En règle générale donc et à moins qu'il ne s'agisse d'un jugement où le fondement de l'action n'a pas été préjugé comme dans l'espèce de la L. 25, le dol pratiqué dans les actes libératoires donne lieu à l'*actio doli*. Au contraire dans les conventions qui créent des obligations et surtout dans les contrats de bonne foi, l'*actio doli* ne peut pas être intentée, car d'abord on a l'*exceptio doli*, et en cas d'exécution, les actions *ex bonae fidei contractu*. Dans les stipulations seules, en cas d'exécution il y a lieu à l'*actio doli*, en cas d'inexécution à l'exception.

115. Lorsque dans les contrats de bonne foi le dol a été pratiqué par un tiers, il n'est point permis à la partie lésée d'intenter l'*actio doli*, si elle peut au moyen de l'action du contrat obtenir de la partie avec laquelle elle a contracté la réparation du dommage.

La L. 18, § 3, D. IV, 3, nous montre l'application de cette règle qui n'est qu'une conséquence nouvelle du caractère subsidiaire de l'*actio doli*. Une vente a eu lieu au poids, les marchandises sont pesées chez un tiers qui a de faux poids : la partie lésée a-t-elle l'*actio doli* contre le tiers ? Trebatius dit oui ; Paul distingue, il n'adopte l'opinion de Trebatius que pour le cas où les parties sont au moment du contrat convenues de faire peser les marchandises chez le tiers. Lorsque la désignation du tiers pour le pesage ne s'est faite qu'après la vente, sans être une condition du contrat, Paul montre qu'il y a lieu à d'autres actions. Que si l'acheteur a été avantage par le pesage, qu'il ait reçu plus de marchandises qu'il n'en a payé, le vendeur redemandera l'excédant par la *condictio indebiti* ; si c'est le vendeur que la fraude a avantage, l'acheteur intentera l'*actio empti*, afin d'obtenir les marchandises qu'il a payées et qui ne lui ont pas été livrées. Dans aucun des deux cas le dol ne donnera ouverture à l'*actio doli*. Mais il en est autrement dans l'hypothèse où les parties auraient fait du pesage à effectuer chez le tiers, une condition du contrat, et que ce tiers eût frauduleusement affirmé avoir des poids exacts. Ni le vendeur ni l'acheteur ne pourront former grief l'un contre l'autre. N'ont-ils

pas été d'accord sur le pesage et sur la quantité vendue? Mais le tiers n'a pas moins causé un préjudice à l'un ou à l'autre des contractants, d'où il suit que celui que sa fraude aura lésé aura contre lui l'*actio doli*, comme le dit Paul à la loi citée.

La L. 20, D. IV, 3, renferme une autre décision qui est également fondée sur le caractère subsidiaire de l'*actio doli* et est de nature à bien faire connaître les principes qui en règlent l'exercice. Un esclave qui a un pécule devait à son maître 100, qu'il ne pouvait lui payer. Le maître l'exhorte à contracter un emprunt chez Titius afin de le payer, ce que l'esclave fait. Si Titius intente contre le maître la *condictio certi de peculio*, l'action sera sans résultat parce qu'il n'y a rien dans le pécule et que le maître n'est tenu que *peculio tenus*; s'il intente l'*actio in rem versum*, elle sera également inutile, parce que le maître lui opposera qu'il n'a reçu que ce qui lui était dû. Donc il ne lui restera que l'*actio doli*. Remarquons que le jurisconsulte dit que l'esclave a fait l'emprunt *hortatu domini*, s'il l'avait fait *jussu*, celui qui a fait le prêt aurait la *condictio certi quod jussu* et alors il n'y aurait plus lieu à l'*actio doli*.

Donc partout où une autre action peut être intentée avec efficacité, c'est-à-dire sans qu'on puisse y opposer une exception péremptoire, et alors que le défendeur n'est pas insolvable (1), l'*actio doli* ne saurait l'être, parce que cette action est infamante.

116. Si la partie lésée par un *dolus causam dans* a la faculté de poursuivre à son choix soit l'exécution soit la rescision du contrat, l'une et l'autre avec dommages et intérêts, tandis que l'auteur du dol n'a acquis aucun droit, cependant pour que ce dernier ne demeure pas indéfiniment exposé à l'alternative de la partie lésée, il a le droit de la forcer au choix (2). Si alors la rescision est prononcée, la partie lésée devra restituer ce qu'elle a reçu, mais elle fera valoir ses droits aux dommages et intérêts, soit par voie d'action soit par voie d'exception (3).

(1) L. 6, D. IV, 3.

(2) L. 13, §§ 27 et 28, D. XIX, 1.

(3) L. 11, § 5, D. XIX, 1. — Arg. L. 62, § 1, D. XVIII, 1. — L. 2, C. II, 21.

CHAPITRE IX.

DE LA VIOLENCE.

Sommaire.

117. De la violence. — Elle est physique ou morale. — Caractères de la violence morale. — Vice de rédaction dans le Code civil.
118. De la violence comparée au dol comme cause de nullité des obligations : De même que le dol, la violence rend le contrat rescindable. — Erreur de Mühlenbruch.
119. En quoi l'*actio quod metus causa* diffère de l'*actio doli*. — Elle est subsidiaire et *in rem scripta*.
120. De l'*exceptio quod metus causa* comparée à l'*exceptio doli*.
121. La violence donne toujours lieu à rescision.

117. La violence consiste non seulement dans la force physique, *vis*, que l'on fait subir à une personne pour agir sur sa volonté, mais dans la menace d'un mal assez grave, assez réel pour faire raisonnablement impression sur la personne qui en est l'objet. La violence comprend donc et la violence physique et la violence morale (1).

Le mal dont la personne est menacée doit être grave. Il doit l'atteindre soit dans sa vie, soit dans sa liberté, soit dans d'autres biens plus considérables que la perte à laquelle elle consent par l'effet de la violence (2). Il y aurait aussi juste crainte si on voyait menacer de ces maux ses plus proches. Le droit romain toutefois ne mentionne au nombre de ceux-ci que les enfants (3). L'article 1115 du Code civil y ajoute le conjoint et les ascendants.

(1) L. 1, D. IV, 2.

(2) L. 4, D. IV, 2. — L. 5 et 7, D. eod.

(3) L. 8, § 3, D. IV, 2.

La L. 7, D. IV, 2, considère comme insuffisante la crainte de l'infamie, faisant allusion sans doute à la menace d'injurier, de calomnier. Le jurisconsulte a probablement pensé qu'il n'est pas au pouvoir de celui qui menace, de nuire à la réputation de la personne contre qui on ne peut invoquer aucun fait de nature à la compromettre. Concluons-nous de là que la menace touchant l'honneur d'une personne n'est pas un juste sujet de crainte. Ce serait aller au-delà de la portée de la L. 7, car il peut se rencontrer telle circonstance où cette menace devra faire impression sur toute personne sensée. Or là est en définitive toute la question quand il s'agit d'apprécier les effets de la violence (1).

Il n'est pas nécessaire du reste que le mal soit présent, il suffit qu'il y ait des raisons suffisantes pour le redouter : *metus*, dit la L. 1, D. IV, 2, *est instantis vel futuri periculi mentis trepidatio*. Par conséquent lorsqu'à la L. 9, D. eod., nous lisons : *metum autem praesentem accipere debemus non suspicionem inferendi ejus*, il faut remarquer que le mot *praesentem* est opposé à *suspicionem*, et désigne non pas un mal présent, mais une crainte présente, une crainte existant au moment du contrat. C'est donc une véritable méprise de la part des rédacteurs du Code civil que d'avoir traduit à l'art. 1112 les mots *metum praesentem* par mal présent; on a voulu indiquer qu'il ne suffirait pas d'une simple inquiétude, du soupçon qu'un mal pouvait arriver; la loi a évidemment confondu la crainte présente du mal avec la crainte d'un mal présent (2).

118. La violence a cela de commun avec le dol, qu'en général elle ne communique pas à l'acte extorqué une nullité absolue, radicale; elle le laisse subsister extérieurement : *coacta voluntas est voluntas* (3); mais elle le rend susceptible d'être rescindé à la demande de la partie lésée, si celle-ci n'aime mieux poursuivre l'exécution du contrat synallagmatique avec dommages et intérêts.

(1) V. un arrêt de Bruxelles du 13 mars 1808, cité par DEBANTON, X, n° 148.

(2) V. MARCABÉ, art. 1112.

(3) L. 21, § 5, D. IV, 2.

Dans les contrats de bonne foi, la partie lésée peut à son choix poursuivre cette alternative par l'action du contrat même; dans les contrats *stricti juris*, elle a l'*actio quod metus causâ*; et dans les uns et les autres, l'exception *quod metus causâ* avait toute exécution.

Il y a sous ce rapport entre la violence et le dol analogie complète; mais Mühlenbruch admet des cas de nullité de plein droit pour cause de violence, de même qu'il en admet pour cause de dol. Nous pensons qu'il commet ici la même erreur que nous avons déjà réfutée. Il n'y a pas plus d'exceptions dans un cas que dans l'autre. Les mots : *nulla est obligatio, non valet quod agitur* ne peuvent nous tromper, pas plus que les mots *irrita esse*, auxquels Mühlenbruch lui-même conteste le sens d'une nullité radicale ou absolue. Le contrat subsiste : *coacta voluntas est voluntas*, ou comme dit la L. 21, § 5, D. IV, 2 : *quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui*; mais cette volonté est affectée d'un vice intérieur, lequel étant prouvé, tout tombe si la partie lésée demande la nullité. Jusque là donc il y a entre le dol et la violence une analogie parfaite; mais à d'autres égards, il existe des différences profondes qu'il importe de faire remarquer.

119. L'action *quod metus causâ* n'est pas subsidiaire comme l'action du dol. D'autre part elle est *in rem scripta*, c'est-à-dire qu'elle suit la chose, qu'elle s'intente non seulement contre l'auteur de la violence, mais contre tout possesseur ou détenteur de la chose extorquée, fût-il de bonne foi. En même temps elle continue d'être une action personnelle, puisqu'elle n'a pas pour objet une contestation sur la propriété: ce qui serait le signe de l'action réelle. Ce caractère d'*actio in rem scripta* lui a été donné par le motif que la violence peut être exercée sans que l'auteur soit connu de celui qui en est l'objet, ce qui arrive par exemple lorsqu'il est entièrement étranger à ce dernier ou lorsqu'il a recours à quelque déguisement (1). Quel que soit donc l'auteur de la violence, la loi accorde l'action contre celui qui en a profité, et

(1) L. 11, § 2, D. IV, 2.

contre celui qui est trouvé nanti de la chose extorquée ou de son prix. Si le législateur s'était borné à donner l'action contre l'auteur ou le complice de la violence, la victime serait le plus souvent restée sans recours. C'est pourquoi, tandis que l'*actio doli* n'est que subsidiaire et ne se donne que contre l'auteur du dol, l'*actio metus causa* s'intente contre tout détenteur, concourt avec l'action du contrat, et présente cet avantage qu'en cas de non-restitution elle est pénale et donne au demandeur le droit de réclamer le quadruple de la restitution, y compris les fruits et accessions. Toutefois si la chose a péri sans dol chez le tiers, ni auteur de la violence, ni complice, celui-ci doit être absous; s'il en reste une partie, il doit la restituer, et il en est de même des héritiers, qui ne sont tenus que de ce dont ils se sont enrichis (1).

De ce que cette action est *in rem scripta*, il résulte que si la caution a extorqué une quittance, je pourrai intenter l'action contre le débiteur principal, et réciproquement si c'est celui-ci qui a usé de violence (2).

Pareillement si j'ai souscrit une obligation extorquée, la caution et moi, nous aurons l'exception *quod metus causa*, parce que la caution peut opposer toutes les actions inhérentes au contrat. Mais si la caution était intervenue cédant à la violence, tandis que j'ai librement contracté, la caution seule pourrait exercer l'action (3).

120. L'exception *quod metus causa* a le même caractère que l'action. Elle est également *in rem scripta*. La L. 4, §§ 28 et 33, D. IV, 2, nous montre bien la différence entre cette exception et l'exception de dol : héritier *ab intestat* de Sejus, je persuade méchamment à l'héritier institué par testament de répudier la succession; la répudiation faite, je vends la succession à Titius : Titius intente utilement la pétition d'hérédité contre l'héritier testamentaire qui voit qu'il a été trompé. On demande si celui-ci pourra opposer à Titius l'*exceptio doli*. Non, décide le § 28, puisqu'elle

(1) L. 14, § 5; L. 16, § 2, D. IV, 2.

(2) L. 9 *in fine* et L. 10, D. IV, 2.

(3) L. 14, § 6, D. IV, 2.

est personnelle, et ne peut s'opposer qu'à l'auteur du dol. L'héritier testamentaire doit donc succomber dans la pétition d'hérédité, mais il aura l'*actio doli* contre l'héritier *ab intestat*. Il en serait autrement d'après le § 33 s'il y avait eu violence; comme l'héritier aurait pu intenter son action contre le tiers acquéreur de l'hérédité, à plus forte raison pourra-t-il repousser ce tiers acquéreur par l'exception *quod metus causa*.

121. Remarquons enfin que la violence donne toujours lieu à la rescision : on peut se défendre contre le dol, on ne le peut contre la violence. Il ne faut donc pas admettre la distinction qu'on a voulu introduire entre le *metus causam dans* et le *metus incidens*, distinction qui ne repose que sur une fausse analogie, et est contraire aux textes. La L. 1, D. IV, 2, qui reproduit les termes de l'édit du préteur, porte : *quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*, sans consacrer aucune distinction, et la L. 5, C. II, 20, prononce la rescision pour une violence qui avait eu pour but de faire vendre à un moindre prix. Cette distinction ne peut donc être admise.

CHAPITRE X.

DE LA CONDITION.

Sommaire.

121. Qu'appelle-t-on condition? — Pourquoi l'événement futur, mais certain, fait-il condition en matière de legs, excepté toutefois le terme marqué par la mort du légataire. — De la condition physiquement impossible.
122. De la condition suspensive, affirmative ou négative, qui est moralement impossible.
124. Elle rend l'obligation nulle. — Exception. — Vice de rédaction de l'art. 1172 du Code civil.
125. Effets de ces mêmes conditions, alors qu'il s'agit d'actes de dernière volonté. — Art. 900 du Code civil critiqué.
126. Effets de la condition suspensive — dans les conventions, — dans les dispositions de dernière volonté. — Caution mucienne.
127. Droits accordés au créancier à l'effet de sauvegarder la créance éventuelle pendant que la condition est en suspens.
128. Différences entre la convention conditionnelle et le legs conditionnel, quant à la transmissibilité par succession, tant que la condition est en suspens. — Erreur de Mühlenbruch.
129. De la stipulation : Vous me paierez 10 lorsque je vous les demanderai.
130. Quand la condition est-elle accomplie, quand fait-elle défaut?
131. Effet rétroactif de la condition suspensive accomplie.
132. Effets de la condition résolutoire accomplie. — Caractère pénal de la *Lex commissoria*.
133. Effets de la condition suspensive si la chose a péri ou s'est détériorée fortuitement avant l'accomplissement de la condition. — Art. 1182 du Code civil critiqué.
134. Celui qui acquiert une chose sous condition suspensive, a-t-il un titre à l'effet d'usucaper.
135. Effets de la condition résolutoire lorsqu'à l'arrivée de la condition la chose a été détériorée ou a péri fortuitement. — *Quid* de la prescription?

136. De la division des conditions en casuelles, potestatives et mixtes. — Comment la condition potestative diffère du *merum arbitrium*.
137. Des conditions potestatives en droit français. — Art. 1174, 1171, 944 du Code civil.
138. Pourquoi, en général, la condition rétroagit, et pourquoi la condition potestative de la part du débiteur ne rétroagit pas.
139. Applications de ces principes. — Exemples pris à la législation romaine.
140. Exemples pris au droit français.
141. De la condition résolutoire, potestative de la part du débiteur. — Pourquoi y a-t-il rétroactivité en vertu de la clause dite *in diem addictio*, et en vertu de la *lex commissoria*, et non en vertu de la clause : *si emptori displicuerit*? — Droit français : des conditions résolutoires tacites dans les contrats synallagmatiques et dans les donations.

122. La condition est une clause accessoire d'une convention, par laquelle les parties font dépendre l'existence ou la résolution d'une obligation, d'un événement futur et incertain. Un événement passé ou présent, quoiqu'il fût ignoré des parties, ne formerait pas condition; l'obligation ne serait pas incertaine en elle-même, ni suspendue un seul instant, elle existerait ou n'existerait pas dès le moment même de la convention (1). Un événement futur mais certain ne ferait pas davantage condition, il ne serait qu'un terme. Je vends ma maison pour 10,000 fr. si je meurs : la vente est certaine, l'obligation n'est pas en suspens, l'exécution seule en est différée jusqu'à ma mort.

Cependant en matière de legs l'événement futur mais certain forme condition lorsque le testateur a désigné comme terme de l'acquittement du legs, la mort de l'héritier ou de grevé. Car en pareil cas le testateur montre qu'il préfère l'héritier ou le grevé au légataire; par conséquent il faut que le légataire survive à l'héritier pour recueillir le legs, éventualité qui est incertaine et

(1) *Nec placuit instar haberi conditionis sermonem qui non ad futurum sed ad praesens tempus refertur, etsi contrahentes rei veritatem ignorant.* (PATINIANUS) L. 120, D. XLV, 1. — Comparez L. 10, D. XXVIII, 7. — La définition de l'art. 1181 du Code civil est donc inexacte. Comparez MARCADE sur cet article.

qui rend le legs conditionnel. Il en est de même lorsque le testateur lègue *si un tiers, si Titius meurt*; car il n'est pas certain non plus que le légataire survive à Titius. Mais le terme marqué par la mort du légataire est un terme véritable, parce qu'en léguant ainsi le testateur pense aux héritiers du légataire qu'il préfère aux siens.

Enfin pour qu'il y ait condition il faut que l'événement futur soit physiquement possible. La condition qui serait physiquement impossible n'en serait plus une : affirmative, elle rendrait la convention complètement illusoire; négative, elle la laisserait pure et simple comme si aucune condition n'était ajoutée, car la condition négative impossible, par exemple *si digito coelum non attigeris*, est un événement nécessaire (1).

123. Quant aux conditions illicites ou immorales, qu'elles soient apposées d'une manière affirmative ou négative, elles rendent la convention inutile (2). Si les parties ont contracté sous la condition de faire une chose illicite ou immorale, la convention est nulle parce que si elle était valide elle deviendrait un encouragement, une provocation au délit ou à l'immoralité; si elles ont contracté sous la condition de ne pas faire une chose illicite, elle est encore nulle en règle générale, parce qu'il serait hautement immoral de stipuler un prix pour s'abstenir de ce qui est contraire aux lois, pour s'abstenir d'une action punissable. La promesse faite à Titius, sous la condition qu'il prêtera ou ne prêtera pas un faux serment, est donc nulle pour les deux cas.

Mais s'il s'agissait d'un acte qui ne tombât point sous la répression de la loi; si, par exemple, pour affranchir une personne d'un penchant vicieux ou de quelque passion mauvaise, on faisait de l'abstention de certains actes, la condition d'une donation ou

(1) L. 7, D. XLV, 1. — L. 31, D. XLIV, 7, § 11. — Inst. III, 20.

(2) L. 35, § 1, et L. 123, D. XLV, 1. — L. 7, § 2, D. II, 14.

Remarquez qu'il n'est pour le moment question que de la condition suspensive. Si c'est la résolution de l'obligation qui est stipulée sous une condition illicite, c'est cette stipulation elle-même qui en règle générale sera rendue inutile.

d'un contrat impliquant libéralité, rien n'empêcherait ce contrat, cette donation d'être parfaitement valables (1).

Il en serait de même si l'on promettait de ne pas commettre un fait honteux, et que loin de stipuler une récompense, on s'engageât à payer une peine en cas de violation de la promesse; une telle clause n'étant plus une provocation à l'immoralité, mais un frein qu'on oppose soi-même à des penchants vicieux, doit être protégée par la loi. Ainsi le décide d'ailleurs la L. 1, C. IV, 56.

124. L'article 1172 du Code civil est donc conçu en termes trop généraux, puisqu'il porte : « Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend. » Il est vrai que l'article suivant excepte la condition physiquement impossible et négative, mais la condition négative moralement impossible aurait dû être également l'objet d'une distinction. De plus la condition résolutoire devait être séparée de la condition suspensive.

125. Dans les dispositions de dernière volonté, les conditions impossibles ont un effet tout autre que dans les conventions. Elles sont censées non écrites et laissent subsister la disposition. Quel en est le motif? C'est, quant à la condition physiquement impossible, qu'on ne peut supposer que le testateur agissant dans la pensée de la mort, ait voulu écrire une disposition dérisoire, et, quant à la condition moralement impossible, qu'il serait injuste qu'elle tournât au détriment du légataire ou de l'institué qui est resté étranger à l'acte.

Ces règles trouvent leur justification dans la nature des actes de dernière volonté. On conçoit donc difficilement que l'article 900 du Code civil les ait étendues aux donations entre vifs, véritables contrats qui devraient suivre la loi des autres contrats. Le législateur paraît avoir eu pour but de rendre impossible le retour, même partiel, de certaines habitudes féodales. Il a voulu empêcher qu'on ne pût, par des donations accompagnées de conditions non contraires aux bonnes mœurs en général, mais que les

(1) Cf. POTIER, *Traité des Oblig.* n° 201. — MARCADE, art. 1172, I.

(1) L. 14, D. XXVIII, 7.

mœurs du temps condamnaient, renouveler les assujettissements personnels, gêner le libre choix d'un état, d'une profession, en un mot exiger d'une personne ce qui est contraire à sa liberté, à sa dignité (1). Mais par la généralité de ses termes, la disposition de l'art. 900 dépasse de loin un pareil but; aussi est-elle critiquée par tous les auteurs (2).

126. Lorsqu'une convention est conclue sous une condition suspensive, il y a bien un lien qui force le promettant d'accepter, et il y a pour le créancier une espérance, mais il n'y a pas de dette tant que la condition est en suspens (3). Donc si le paiement avait été fait par erreur, il y aurait lieu à la *condictio indebiti*; à plus forte raison ne pourrait-on exiger le paiement d'une créance conditionnelle.

Toutefois les legs présentent ici encore une différence remarquable avec les conventions. En matière de legs, il y a un genre de conditions suspensives qui donnent au légataire le droit de demander le paiement du legs, à la charge par lui de fournir caution de restituer le legs pour le cas où la condition ferait défaut, caution appelée *cautio muciana* du nom de celui qui l'introduisit. Il y a lieu à cette caution toutes les fois que la condition est telle qu'elle ne pourrait se réaliser qu'à la mort du légataire, ce qui suppose une condition négative, potestative de la part du légataire, p. ex., je lègue 100 à Titius s'il ne quitte pas sa ville natale (L. 1, D. XXXV, 1). En pareil cas, comme la condition doit arriver avant la mort du légataire pour que le legs soit transmissible aux héritiers, pour qu'il y ait *dies cedens*, le legs serait infailliblement devenu caduc si la caution mucienne n'avait été admise; car la condition n'aurait été accomplie d'après la mort du légataire. Ce motif ne s'appliquant pas aux conventions conditionnelles, puisqu'elles passent aux héritiers tandis que les legs ne se transmettent pas, et le débiteur qui ajoute une condition y

(1) Remarquez que l'art. 900 du Code civil porte seulement *les mœurs*.

(2) Comparez FAVARD, Rép., v° donations entre vifs. — MARCADE va même jusqu'à critiquer la règle de l'art. 900 dans son application aux testaments.

(3) § 4, Inst. III, 16.

trouvant un avantage dont personne ne peut le priver, la caution mucienne n'a jamais pu être étendue aux conventions.

127. Pas de dette, avons-nous dit, tant que la condition est en suspens, mais espérance, *spes debitum iri*. A raison de cette espérance, de cette créance éventuelle, le créancier a certains droits qui sont purement conservatoires :

1° Il peut, lorsqu'il a à craindre que son droit ne vienne à périliter, obtenir du juge que son débiteur lui fournisse des cautions; toutefois cette obligation du débiteur dépend absolument de l'*arbitrium judicis*; *ex justâ causâ condemnatio fit*, dit la L. 41, D. V, 1.

2° Celui qui s'est engagé sous une condition, ne peut rien faire qui en empêche l'arrivée. Si, contrairement à sa promesse, il voulait faire évanouir les droits du créancier, celui-ci pourrait agir comme si la condition était accomplie : *Quotiens per eum cujus interest conditionem non impleri, factum est quominus impleatur, perinde habetur ac si impleta fuisset* (L. 161, D. L, 17).

D'après cela si l'on achète une bibliothèque et que l'acheteur y mette cette condition : qu'un tiers lui vendra un lieu convenable pour l'y placer; si le tiers est prêt à vendre le local et que l'acheteur ne se montre pas disposé à l'acquérir, le vendeur de la bibliothèque pourra agir *ex vendito* comme si la condition était accomplie, parce que le refus de contracter de la part de l'acheteur empêche l'accomplissement de la condition. Telle est la décision de la L. 30, D. XVIII, 1.

La L. 7, D. *ead.*, nous fournit une autre application de cette règle : je vends mon esclave sous la condition qu'il me rendra ses comptes, *meo arbitrio*, c'est-à-dire à ma satisfaction. Le jurisconsulte soulève d'abord la question de savoir, cette condition ne constitue pas un *merum arbitrium*, et ne devrait pas être assimilée à la condition *si voluero*, qui au fond n'en est pas une et empêche le lien obligatoire (1); mais il rejette cette supposition comme contraire à la bonne foi, qui exige que l'*arbitrium* soit un *arbitrium boni viri*; c'est-à-dire que les comptes seront considérés

(1) Voyez plus bas, nos 145 et 146.

comme bien rendus et apurés, non pas précisément lorsqu'il plaira au vendeur de les considérer comme tels, mais lorsqu'ils auront été jugés tels par un *arbiter* ou un *bonus vir*. La L. 7 décide donc que la condition sera considérée comme accomplie si l'esclave est prêt à rendre les comptes, et que le maître ne veut pas les recevoir, ou qu'après les avoir reçus il refuse, sans raison, de les approuver.

3° En cas de déconfiture, le créancier sous condition peut demander et obtenir l'envoi en possession de biens, comme les créanciers purs et simples (1).

4° A la mort du débiteur, le créancier sous condition peut poursuivre contre ses héritiers la séparation de patrimoine, tout comme les autres créanciers (2).

128. La convention conclue sous condition passe aux héritiers, parce qu'on contracte pour soi et ses héritiers; le legs conditionnel ne passe pas aux héritiers du légataire, parce qu'en général et à moins que le contraire ne soit exprimé, on ne lègue qu'en faveur de la personne du légataire qu'on veut récompenser ou s'attacher par le bienfait. Si donc le légataire meurt avant l'arrivée de la condition, elle ne peut plus s'accomplir utilement, et le legs devient caduc. C'est à cause de cette différence qu'il est dit à la L. 42, D. XLIV, 7 : celui qui est légataire sous condition n'est pas créancier tant que la condition est en suspens, mais celui qui a stipulé sous condition est créancier *pendente conditione* (3).

129. Ma créance cessera-t-elle d'être transmissible à mes héri-

(1) L. 6, pr. D. XLII, 4.

(2) L. 4, D. XLII, 6. — Cf. Art. 1180, 2125, 2132, 2163 du Code civil.

(3) Cependant, dit Muhlenbruch (§ 339, n° 9), la créance née d'une convention conditionnelle, n'est point transmissible lorsque la condition doit s'accomplir dans la personne du stipulant, ou lorsqu'elle est potestative de sa part, par exemple : je promets 1000 fr. à Paul s'il épouse une telle, ou s'il achève ses études. — L'auteur a tort de présenter ce cas comme une exception à la règle que nous venons d'exposer; si la transmission n'a pas lieu, c'est qu'il n'y a plus rien à transmettre, la condition faisant irrévocablement défaut.

tiers si j'ai stipulé que Titius me donnera 10 *lorsque je les lui demanderai*? Que je meure avant d'avoir demandé les 10, seront-ils perdus pour mes héritiers?

Remarquons que cette clause : *lorsque je les demanderai*, ne peut être envisagée comme une véritable condition, car la condition est quelque chose d'accessoire, et la clause dont nous parlons est inhérente à toute stipulation, à toute créance. En effet, si le débiteur ne paie pas, le créancier a le droit de former sa demande. Cette clause n'est donc ajoutée, comme il est dit à la L. 48, D. XLV, 1, que par forme d'avertissement pour signifier que le promettant doit à chaque moment se tenir prêt à payer. C'est ce qu'on doit admettre, à moins que le contraire n'ait été stipulé, à moins qu'il n'ait été dit que le promettant ne doit rien si le stipulant ne lui demande rien. Par conséquent, la stipulation dont il s'agit passe aux héritiers.

150. La condition doit être considérée comme accomplie lorsque l'événement qui fait condition est arrivé. Elle est encore censée accomplie, comme nous l'avons vu plus haut, lorsque celui qui a intérêt à ce qu'elle fasse défaut en a empêché l'accomplissement. Si la condition est négative et qu'un temps y soit ajouté, il faut que ce temps soit écoulé ou que le fait qui doit ne pas arriver, soit devenu impossible. Je stipule 1000 pour le cas où dans deux ans vous ne serez pas arrivé à Rome : la condition ne sera accomplie qu'après ces deux années, et au cas où vous ne serez pas venu à Rome. Je stipule 1000 si vous n'allez pas à Athènes : la condition ne sera accomplie que lorsqu'il sera devenu certain que vous n'irez pas, elle ne sera accomplie qu'à votre mort (1).

La condition affirmative fait défaut lorsque l'événement n'est pas arrivé ou qu'il est devenu impossible, p. ex. je vous donne 1000 si vous vous mariez avec un telle; l'un ou l'autre meurt : la condition fait défaut, puisque son accomplissement est devenu impossible.

La condition négative fait défaut lorsque l'événement prévu est arrivé.

(1) L. 99, D. XLV, 1. — L. 115, D. XLV, 1.

151. En règle générale l'effet de la condition accomplie est de remonter au moment de la convention, et de faire exister l'obligation comme si dès le principe la convention avait été pure et simple. (Nous disons en règle générale, car ce qui sera dit de l'effet rétroactif de la condition ne s'applique pas à la condition potestative de la part du promettant, comme nous le verrons au n° 138). Un fils de famille a fait une stipulation conditionnelle; *pendente conditione* il est émancipé : ce sera le père qui à l'arrivée de la condition poursuivra à son profit le paiement de la créance, *quia id tempus spectatur quo contrahimus*, dit la L. 78, D. XLV, 1. Je stipule sous condition et je me fait concéder hypothèque sur un fonds; puis un autre créancier pur et simple, stipule une hypothèque sur le même fonds : la condition accomplie, mon hypothèque prévaudra sur la sienne, parce qu'elle est censée avoir existé non pas dès l'arrivée de la condition, mais dès le moment de la stipulation : *Perinde habetur ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset* (L. 11, § 1, D. XX, 4).

C'est pour le même motif qu'en droit français l'hypothèque du créancier sous condition, qui a pris inscription, aura rang à dater de l'inscription et non pas à dater de l'arrivée de la condition (art. 2132 et 2134).

152. Si la condition résolutoire s'accomplit, la convention, dans la limite du possible, est censée n'avoir jamais existé, de sorte que les parties sont placées dans la position où elles se seraient trouvées si la convention n'eût pas été formée.

En droit romain, les clauses résolutoires les plus usitées furent la *lex commissoria* et l'*in diem addictio*. C'est dans les titres du Digeste consacrés à ces clauses, que nous trouvons l'application des principes que nous venons d'énoncer, et desquels il résulte :

1° Que la chose sera restituée libre des charges réelles qui avaient été imposées par le restituant (1) Le restituant n'est pas tenu des détériorations fortuites (elles seraient également arrivées

(1) L. 4, § 3, D. XVIII, 2.

chez l'autre partie), mais bien de celles qu'il aurait causées par sa faute (1).

2° Avec la chose devront être restitués les accessions et les fruits; et la restitution comprendra tant les accessions naturelles, que celles qui consistent dans un bénéfice provenant de la chose, tels que les dommages et intérêts obtenus soit en vertu de l'*interdictum quod vi aut clam*, soit en vertu de toute autre action intentée du chef de dommages (2); de même elle comprendra les fruits tant civils que naturels (3); mais le restituant pourra retenir les impenses nécessaires.

Quant au vendeur, il doit restituer le prix. Il y a toutefois une remarque à faire touchant la *lex commissoria*, qui outre le caractère de clause résolutoire, a un caractère pénal à l'égard de l'acheteur qui n'exécute pas le contrat. D'après Brissonius, le mot *committere* veut dire : *aliquid agere quo quis vel damnum incurrit, vel lucro ex actu quodam privatur*. L'acheteur qui ne paie pas au terme convenu fait un *commisum*, il contrevient au contrat de vente (4); il en résulte qu'en vertu de la clause compromissoire ajoutée au contrat, il en perd les avantages; il devra donc restituer la chose, et s'il a payé une partie du prix, ou qu'il ait donné des arrhes, le vendeur ne lui en devra aucune restitution; toute fois dans ce dernier cas, l'acheteur qui aurait perçu des fruits pourrait les compenser avec la partie du prix par lui payée (5).

153. Mais quels seraient les effets de ces mêmes conditions, suspensive et résolutoire, si la chose avait péri fortuitement?

Si la condition est suspensive, elle s'accomplira inutilement. Il n'y aura plus de contrat, faute d'objet, et le vendeur ne pourra réclamer le prix; que si le contrat a été provisoirement exécuté, et qu'il ait reçu ce prix, il devra le restituer. Si au contraire la chose n'a été que détériorée fortuitement, le contrat subsiste et s'exécutera

(1) L. 4, D. XVIII, 3.

(2) L. 4, D. XVIII, 3. — L. 11, § 10, D. XLIII, 24.

(3) L. 6, D. XVIII, 2. — L. 37, D. XVIII, 1.

(4) *COMMITTERE, in pro socio actione*, dit la L. 63, § 3, D. XVII, 2, de l'associé dont la renonciation à la société est intempestive.

(5) L. 4, § 1, et L. 6, D. XVIII, 3.

à l'arrivée de la condition; et comme il n'y a pas de faute à imputer au vendeur, il réclamera tout le prix; de sorte que si le *periculum rei* est pour celui qui vend sous condition suspensive, le *periculum deteriorationis* est pour l'acheteur.

L'art. 1182 du Code civil déroge au droit romain en laissant à l'acheteur, en cas de détérioration, le droit de demander la résolution du contrat. Cette disposition est illogique, car elle repousse une conséquence de la rétroactivité de la condition; elle viole en même temps l'équité, puisqu'en principe le stipulant, acheteur ou créancier, profitant des accessions et émoluments de la chose, devrait aussi en supporter les détériorations.

134. Quant à la prescription de la chose, faisons remarquer que si la condition est suspensive et qu'avant l'accomplissement de celle-ci la chose ait été provisoirement livrée à l'acheteur, celui-ci ne pourra l'usucaper *pro emptore*. En général, celui qui a un titre renfermant une condition suspensive, ne peut prescrire, car rien de plus incertain, de plus douteux qu'un titre conditionnel. On ne peut se croire propriétaire, on ne peut avoir cette bonne foi qui exclut le doute. L'usucapion ne commencera donc qu'à l'accomplissement de la condition, c'est-à-dire au moment où le titre doit seulement produire ses premiers effets (1).

135. Si la condition est résolutoire, la perte de la chose rendra impossible toute résolution du contrat (2), de même qu'elle empêche, dans le cas de condition suspensive, l'existence même de l'obligation. Par conséquent la convention et tous ses effets seront devenus irrévocables. S'il s'agit d'une vente sous clause résolutoire, le vendeur conservera donc, soit le prix, soit l'action en paiement du prix s'il n'est pas payé; et la perte de la chose frappera nécessairement l'acheteur qui payera ou aura payé le prix sans avoir reçu la chose.

Quant à la détérioration fortuite, elle n'empêchera pas la restitution. Elle sera donc supportée par le vendeur à qui la chose devra

(1) L. 2, § 2, D. XLI, 4.

(2) L. 2, § 1; L. 3, D. XVIII, 2.

être restituée, car s'il n'y avait pas eu de vente cette perte l'aurait également frappé.

Enfin, comme dans la vente sous condition résolutoire il y a vente pure et simple produisant tous ses effets dès le moment du contrat puisque la résolution seule dépend de la condition, il est évident que celui qui a acquis sous cette condition a un titre habile à usucaper. Si cependant la condition résolutoire s'accomplit, il ne devra pas moins restituer la chose, non pas au propriétaire contre lequel il a usucapé, mais à son auteur, à son vendeur ou donateur qui a stipulé sous condition. C'est ce que la L. 13, D. XXXIX, 6, décide dans une donation pour cause de mort. Je donne pour cause de mort la chose d'autrui que je suis en condition d'usucaper; la donation est faite dans une maladie pendant laquelle le donataire achève l'usucapion : ce sera le donateur revenu à la santé qui aura le droit de redemander la chose, et nullement le ci-devant propriétaire dont le droit est prescrit.

L'acheteur ne jouit donc de l'avantage de pouvoir usucaper que là où la perte de la chose le frappe, c'est-à-dire dans la vente sous condition résolutoire, tandis que lorsqu'il ne porte plus les périls de la chose, comme dans la vente sous condition suspensive, il ne peut non plus usucaper.

136. Nous avons dit que la condition potestative de la part du débiteur, faisait exception à la règle d'après laquelle l'accomplissement de la condition réagit jusqu'au moment même de la convention; toutefois avant d'expliquer cette exception, il est nécessaire de dire d'abord quelques mots sur la division des conditions en casuelles, potestatives et mixtes, et ensuite de montrer comment la condition potestative diffère de ce qu'on appelle un *merum arbitrium*.

La condition est casuelle lorsque l'événement qui fait condition dépend uniquement du hasard.

Elle est potestative lorsque cet événement est un fait qu'il est au pouvoir de l'une des parties de poser ou d'omettre.

Elle est mixte lorsque cet événement est un fait dépendant à la fois de la volonté de l'une des parties, et d'un tiers ou du hasard, par exemple si vous vous mariez avec une telle.

Le *merum arbitrium* diffère de la condition potestative en ce qu'il fait dépendre la convention uniquement de la volonté de la partie qui devrait s'obliger, sans que sa liberté soit circonscrite d'une façon quelconque.

Lorsque je promets de donner 1000 si je vais à Paris, la condition est potestative, et il y a promesse conditionnelle, car il existe un lien qui assujettit ma volonté. En effet, bien que je sois libre d'aller ou de ne pas aller à Paris, je ne suis cependant pas absolument libre de donner ou de ne pas donner 1000, car je ne puis me dispenser de les donner qu'à la condition que je m'abstienne d'aller à Paris. Ma liberté est donc circonscrite, ce qui fait que pareille promesse oblige et constitue la promesse sous condition potestative. Mais lorsque je promets 1000, *si voluero*, je demeure absolument libre de donner ou de ne pas donner, il y a *merum arbitrium*, il n'y a pas de promesse, pas de lien obligatoire.

137. Lorsque le législateur français dit dans l'art. 1174 du Code civil : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige, » il faut admettre avec les commentateurs que cette disposition ne doit s'appliquer qu'à celles des conditions potestatives qui, dans leur espèce, constituent un *merum arbitrium*, et que le Code civil a le tort de ne pas distinguer de la condition potestative proprement dite. On n'a pu songer à déclarer nulle une promesse par laquelle je m'engagerais à vous payer 100 si je n'abats pas des arbres qui offusquent votre vue, ou si je ne fais pas tel voyage dans votre intérêt. Mais le législateur a voulu frapper de nullité absolue l'engagement conçu en ces termes : « Je vous paierai 100 si je le trouve convenable, si je le juge à propos, si je ne change d'avis, » parce que pareille déclaration ne contient aucun lien, et qu'il dépendra toujours de l'unique volonté du promettant de payer ou de ne pas payer (1).

Ce qui vient à l'appui de cette interprétation, c'est que beaucoup d'anciens commentateurs ne définissaient pas comme nous la

(1) Comparez TOULLIER, VI, n° 494-495. — MARCABÉ sur l'art. 1174. — POTNIER, Oblig., n° 48.

condition potestative : celle qui consiste dans un fait qu'il est au pouvoir de l'une des parties de poser ou d'omettre, mais semblaient portés à n'attribuer le caractère de condition potestative, qu'à celle qui consiste dans la simple manifestation de la volonté du débiteur. Ainsi ils étaient amenés à contester ce caractère à toute condition consistant dans un fait extérieur : *Nulla potestativa conditio fere est quae et non possit esse non potestativa*, disait BARRY, *De successionibus*, lib. 17, tit. 11, d'après DONELLUS, qui faisait la même remarque au sujet de la condition *si Capitolium ascenderis*. Ce qui faisait encore dire à Merlin antérieurement à la rédaction du Code civil (Répertoire, v^o *Condition*, sect. 2, § 5) : « Remarquons d'abord qu'il n'y a point de conditions qui soient véritablement potestatives, c'est-à-dire qui *dependent absolument de celui à qui elles sont imposées*. » Par ces derniers mots, Merlin voulait évidemment désigner le *merum arbitrium*, qui a proprement parler n'est plus une condition véritable, puisque le consentement même des parties reste en suspens. Il n'est donc pas étonnant que les termes de condition potestative aient passé dans ce Code avec la signification que les anciens auteurs y attachaient, et qu'ils n'y désignent plus que le *merum arbitrium*.

Mais si en droit français, la condition potestative qui n'est pas un *merum arbitrium*, ne rend pas la convention nulle, elle annule cependant toute donation, à cause du principe : donner et retenir ne vaut, principe introduit en droit français dans l'intérêt des familles, dans l'intérêt des héritiers du donateur. Les mots de l'art. 944, « condition dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, » sont mis par opposition aux termes qui dans l'article 1171 définissent la condition mixte « celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes, et de la volonté d'un tiers; » donc nécessairement ils embrassent non seulement ce que nous avons appelé un *merum arbitrium*, mais aussi toute condition potestative. C'est ainsi que cette division des conditions en potestatives et mixtes, étrangère au droit romain qui ne distinguait que la condition potestative de la part du débiteur, s'introduisit dans la jurisprudence française à la suite de la règle du

droit coutumier *donner et tenir ne vaut*, règle qui exigeait qu'en général toute donation fût irrévocable.

138. Montrons maintenant pourquoi et comment la condition potestative de la part du débiteur ou promettant, ne rétroagit pas.

Si en règle générale l'effet de la condition qui s'accomplit, réagit jusqu'au moment du contrat, c'est qu'en général aussi, la condition est quelque chose d'accessoire au contrat, et qui suppose que tous les éléments essentiels à la validité de la convention ont déjà existé au moment même où les parties ont traité; c'est enfin que dans l'intention des parties, la condition a pour but de subordonner seulement les effets du contrat à l'événement, et non pas de les ajourner comme le terme. Mais il en est tout autrement lorsque la condition est potestative de la part de celui qui s'oblige; car en pareil cas, bien qu'il y ait, comme nous l'avons montré plus haut, un lien résultant de la convention, cependant le contrat que les parties ont eu en vue, demeure imparfait parce qu'il manque quelque chose au consentement, parce que l'acte dont doivent dépendre les effets du contrat, dépend lui-même de la volonté du promettant. En effet, la condition potestative de la part du débiteur touche à l'essence même du contrat, puisqu'elle est une partie intégrante du consentement qui en est l'âme, d'où la conséquence nécessaire que le contrat n'existe pleinement, qu'il n'est parfait et ne saurait avoir des effets que lorsque la condition s'est réalisée.

Il en est autrement de la condition potestative de la part du créancier. Celle-ci équivaut pour le débiteur à la condition casuelle, car elle ne dépend pas de sa volonté, et dès lors elle rétroagira comme toutes les conditions en général.

139. C'est à cause de ce caractère distinctif de la condition potestative de la part du débiteur, que lorsque la L. 9, § 1, D. XV, 4, fait remonter au moment du contrat les effets de la condition accomplie, elle ajoute cette réserve : *si modo non ea conditio sit quae invito debitore impleri non possit*, c'est-à-dire pourvu que la condition ne soit pas potestative de la part du débiteur. Et la même distinction sert de fondement aux décisions des L. 11, D. XX, 4, et L. 4, D. XX, 5.

Voyons l'espèce rapportée par Gaius à la L. 11. Je vous constitue une hypothèque pour sûreté d'une somme que vous me promettez à titre de prêt, puis je consens sur le même immeuble une nouvelle hypothèque à Titius qui me prête de l'argent, vous me prêtez ensuite la somme promise : l'hypothèque de Titius prévaudra-t-elle sur la vôtre? Oui, parce que la première hypothèque était consentie sous condition potestative. Le prêt étant un contrat gratuit où l'emprunteur seul a un intérêt, il dépendait de moi d'accepter ou non la somme promise à titre de prêt. Vous ne pouviez pas me forcer, n'y ayant pas d'intérêt, moi seul je pouvais vous contraindre (L. 68, D. XLV, 1). Le prêt est un fait potestatif de la part de celui qui a promis l'hypothèque, il est aussi la condition de la concession; celle-ci ne produira donc ses effets que du moment où le prêt s'effectuera. Jusque là il y avait bien convention, il y avait promesse de prêter, promesse conditionnelle de concéder hypothèque, mais le *pactum hypothecae* était imparfait; c'est seulement le prêt qui est venu lui donner sa perfection. C'est ce que la L. 11, D. XX, 4, indique en ces termes : *Poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam*, et la L. 4, D. XX, 3, donnant la même décision exprime le motif en disant : *Cum in potestate fuerit debitoris pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est*. — Voyez encore la décision de la L. 1, D. XX. 4.

140. La distinction entre les conditions potestatives *a parte debitoris* et les conditions potestatives *a parte creditoris* ou casuelles, trouve une application plus fréquente encore dans le droit moderne, où la propriété se transfère par le seul effet de la convention. « J'ai promis, dit Toullier (VI, n° 546), de vous donner le fonds Cornélien si vous allez à Paris dans un an. Je vends ensuite ou j'hypothèque ce fonds à Caius. Vous allez à Paris avant l'année révolue. La condition est accomplie, le fonds Cornélien vous appartient libre des charges que j'ai créées pendant la condition, ou nonobstant la vente que j'en ai faite, sauf à l'acquéreur ou à ceux à qui j'avais donné cette hypothèque, à recourir vers moi, si je leur avais laissé ignorer notre convention. Je n'avais plus qu'une pro-

priété résoluble par un événement qu'il n'était pas en mon pouvoir d'empêcher, je n'ai pu leur transférer plus de droits que je n'en avais moi-même. » L'effet est ici rétroactif; la vente date du contrat et non de l'accomplissement de la condition, car le vendeur, celui qui était obligé à livrer la chose, était définitivement engagé, et ce n'était plus de sa volonté, c'était d'un acte volontaire de la part de l'acheteur que la vente devait dépendre. A son égard la condition était casuelle.

Mais si au contraire l'événement de la condition est au pouvoir du débiteur conditionnel, son accomplissement n'a point d'effet rétroactif, et par conséquent les tiers avec lesquels il a contracté conserveront leurs droits acquis. Je vous vends le fonds Cornélien si dans un an je vais à Paris, je vends ensuite ce fonds à des tiers; il est évident que je leur transfère mon droit de propriété dans toute sa plénitude, et si après la seconde vente je vais à Paris, vous n'avez qu'un recours contre moi et non contre les tiers. « Vous avez à vous reprocher, dit Toullier (1) d'avoir contracté sous une condition dont il était en mon pouvoir d'empêcher l'accomplissement. » Cela revient à dire que le consentement du promettant à l'effet de vendre était demeuré imparfait; le promettant était bien engagé en ce sens que pour qu'il gardât son fonds il fallait qu'il s'abstint d'aller à Paris, sa liberté était éirconsrite, et c'est en cela que la condition potestative diffère du *merum arbitrium*, mais toujours est-il que celui qui vend sous condition potestative de sa part, n'a pas définitivement vendu; il ne consent définitivement la vente que lorsqu'il pose l'acte volontaire auquel il a subordonné le contrat. (2). Par conséquent, ce n'est qu'à partir de cet acte que la vente peut produire ses effets. Donc les droits qui auraient été concédés antérieurement à des tiers, purement et simplement, leur restent acquis d'une manière irrévocable. Et le vendeur s'il pose le fait qui consomme la vente, devra les dommages et intérêts à l'acheteur envers lequel il ne pourra

(1) TOULLIER, T. VI, n° 546. — Il cite la L. 9, § 1, D. XX, 4, et Cujas, T. II, col. 1535.

(2) *Non dicitur, contractus initus, sed potius habitus de ineundo.* — BASNAGE, des Hypothèques, ch. 13.

exécuter ce contrat et qui n'aura aucun recours contre les tiers acquéreurs, excepté toutefois qu'il pourra leur intenter l'action Paulienne pour le cas où le vendeur serait devenu insolvable, et où les tiers acquéreurs auraient colludé avec lui, ou bien auraient acquis à titre gratuit.

141. La condition potestative qui n'est qu'un *merum arbitrium* empêche, comme nous l'avons vu, le lien de l'obligation; par conséquent lorsqu'elle est suspensive, elle annule la promesse (1). Mais si le *merum arbitrium* est impuissant pour former une obligation, il peut cependant résoudre une obligation déjà formée, il peut constituer une condition résolutoire. C'est ce qui a lieu dans la vente contractée sous la clause *si emptori displicuerit*, dans laquelle se manifestent de nouveau, quant à l'effet rétroactif, les différences que nous avons signalées plus haut, entre la condition potestative de la part du débiteur, et la condition casuelle.

Si, dit la L. 3, D. XX, 6, une chose a été vendue sous la condition que la vente sera résolue au cas où, dans un temps déterminé, un tiers ferait des offres plus avantageuses, *si intra certum diem meliorem conditionem invenerit*, et qu'en attendant l'acheteur ait imposé des charges à la chose, qu'ensuite des offres plus avantageuses soient faites, les charges disparaîtront comme si la chose n'eût jamais appartenu à l'acheteur. Pourquoi ? Parce que la condition n'est pas potestative de la part de celui qui doit la restitution, que partant elle doit rétroagir. Il en est de même de la *lex commissaria*.

Il en serait autrement si la chose était vendue avec la clause que la vente serait résolue au cas où l'acheteur, dans un certain temps, se repentirait du marché. Alors, dit la L. 3, D. XX, 6, ces charges resteraient : *quamquam ubi sic res distracta est : nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet*. Le motif en est que pareille condition est potestative de la part du restituant. Supposez ici, ce qui n'est pas, que la condition eût un

(1) L. 108, § 1; et L. 40, § 3, D. XLV, 1. Voyez POTHIER, Oblig., n° 205.

effet rétroactif, et que l'hypothèque dût disparaître lorsque l'acheteur qui l'a concédée, viendrait demander la résolution du contrat, à quelle conséquence inique n'aurait-on pas abouti? Celui qui aurait concédé une hypothèque pourrait par son propre fait la faire disparaître; de lui seul dépendrait de la faire subsister ou non. C'est donc dans un accord parfait avec la logique et avec l'équité que la L. 3, D. XX, 6, décide que l'hypothèque subsiste, c'est-à-dire que la condition potestative de la part du débiteur de la restitution ne rétroagit pas.

En droit français, l'effet rétroactif est toujours attaché à la condition résolutoire, sous-entendue dans tout contrat synallagmatique pour le cas où l'une des deux parties ne satisferait pas à son engagement (art. 1184 du Code civil). La partie qui a exécuté le contrat est alors créancière de la restitution, il dépend d'elle seule de la poursuivre ou non; la restitution est indépendante de la volonté du débiteur qui n'a pas exécuté, et pour ce motif elle a lieu avec effet rétroactif, puisqu'à son égard la condition résolutoire est casuelle.

Le même effet rétroactif est attaché, en droit français, au pacte de rachat, qui y est toujours résolutoire. Le motif en est encore que la clause de rachat est une condition potestative de la part du vendeur, c'est-à-dire du créancier de la restitution, et non de la part du débiteur (art. 1673).

A part le caractère non rétroactif de la condition potestative de la part de celui qui doit livrer ou restituer (*resolutio ex nunc*), la rétroactivité des conditions doit donc être admise comme un principe de droit commun, applicable à tous les cas où la loi n'a pas introduit de dérogation expresse (*resolutio ex tunc*).

Ces principes ont été consacrés dans la matière de la révocation des donations, mais ils y ont subi une légère modification, en ce sens que les effets de la révocation ont été atténués, lorsqu'elle a lieu pour survenance d'enfant au donateur. Cette survenance, comme on sait, est une condition tacite sous laquelle la donation est révoquée (art. 960); elle est une condition casuelle, par conséquent son événement doit rétroagir, et en effet il y a résolution *ex tunc* : les charges disparaissent, les droits des tiers sont anéan-

tis; mais quant aux fruits, la résolution se fait *ex nunc*, sans rétroactivité (1).

L'ingratitude du donataire est aussi une cause de résolution ou de révocation de la donation; mais elle est une condition dépendant de la volonté du donataire qui doit la restitution en cas d'ingratitude, elle est potestative de sa part; donc elle ne rétroagit pas, elle se fait *ex nunc*, sans porter atteinte aux droits des tiers. Si le donataire a vendu la chose donnée, il en devra restituer la valeur, eu égard au temps de la demande, et les fruits perçus à compter du jour de cette demande (2).

L'effet non rétroactif de la condition potestative *a parte debitoris*, se trouve ici renforcé par le caractère de vindicte et de pénalité dont le droit de révocation est affecté, et qui est un obstacle à ce que la révocation frappe quelque autre personne que le donataire lui-même. C'est pour ce motif que non seulement la donation ne portera aucun préjudice aux tiers, mais aussi qu'elle ne pourra être obtenue ni contre les héritiers du donataire, ni par ceux du donateur, à moins que l'action n'ait déjà été intentée du vivant du donateur, ou que celui-ci ne soit mort dans l'année qui a suivi le délit (3).

(1) V. L. 8, C. VIII, 56; PEREZIUS ad hunc titul., et art. 952, 954, 962, et 963 du Code Civil.

(2) PEREZIUS, *ibid.*, n^{os} 13 et 14. — Art. 958 du Code civil.

(3) Art. 957 du Code civil. — L. 7, C. VIII, 56.

CHAPITRE XI.

DU TERME.

Sommaire.

142. Le terme ne rend pas l'obligation incertaine. Conséquences. — Du terme devenant condition dans les legs. — De la clause *dabis cum petiero*.
143. De la clause qui abandonne le terme à la discrétion du débiteur. — Doctrine de Mühlenbruch.
144. Cette doctrine est inexacte. Il faut distinguer :
1° Les stipulations; — L. 46, § 2, D. XLV, 1;
2° Les contrats ayant pour objet une restitution et ceux qui sont commutatifs;
3° Les legs; — L. 11, § 6, D. XXXII.
145. Différence entre la clause *cum voluero* et *si voluero*.
146. Y a-t-il une différence entre la clause *si voluero*, si je le veux, et les clauses : si je le trouve convenable, *si arbitratus fuero*, *si aestimacero*, *si utile videbitur*? — Distinguez les contrats des legs.
147. Peut-on renoncer au terme? Règle générale et exception.
148. *Quid* en droit français.

142. Le terme diffère de la condition en ce qu'il est certain, quoique le moment précis de l'arrivée puisse être incertain; donc il ne suspend pas l'existence du contrat, il ne la rend pas incertaine; l'obligation existe, l'exécution seule en est ajournée. Il suit de là tout d'abord :

1° Que celui qui exécute une obligation à terme n'a pas la *condictio indebiti*, laquelle n'est donnée que lorsqu'il n'y a pas d'obligation, pas de dette : *In diem debitor, adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit* (PAUL, L. 10, D. XII, 6);

2° Que l'obligation à terme, née d'une convention, se transmet aux héritiers, peu importe que le terme ait une date fixe ou soit marqué par un événement incertain, *dies certus an, incertus quando*.

Cependant dans les legs le *dies incertus quando*, marqué par exemple par la mort du grevé ou d'un tiers, fait condition parce qu'il est incertain si le légataire survivra; par conséquent pareil legs ne sera point transmissible aux héritiers, les legs conditionnels ne l'étant pas. Mais les obligations contractuelles, même quand elles sont conditionnelles, se transmettent sans exception aucune comme nous avons vu plus haut, et à plus forte raison se transmettent-elles lorsqu'elles sont accompagnées d'un terme, fût-il incertain. Il ne faut pas en excepter la clause : *dabis cum petiero*, qui n'a d'autre but que d'indiquer que le débiteur doit se tenir prêt à payer à tout instant. Si donc le créancier était décédé sans avoir réclamé le paiement, rien n'empêcherait ses héritiers de le faire.

145. Si le terme est abandonné à la discrétion du débiteur, si celui qui s'engage ajoute la clause *cum voluero*, l'obligation, d'après Mühlenbruch, s'éteint si avant de mourir il n'a pas constitué de terme certain. Et en effet, la L. 46, § 2, D. XLV, 1, porte cette décision; mais nous ferons remarquer qu'il n'y est question que de stipulations, et nous nous réservons de démontrer que la proposition de Mühlenbruch cesse d'être vraie dans les contrats restitutoires et dans les contrats commutatifs. Mühlenbruch ajoute que si un propriétaire joignait à une obligation continue, par exemple à un bail ou à un *precarium* la clause *quoad vellet*, le bail, le *precarium* finiraient à sa mort au cas où il n'aurait pas assigné d'autre terme, d'après la L. 4, D. XIX, 2. Il en serait autrement, dit-il, si pareille clause avait été ajoutée par un testateur qui aurait grevé son héritier d'un legs, si par exemple un testateur avait dit : *Haeres meus, cum voluerit, dato centum Titio*, En effet, la L. 11, § 6, D. XXXII, décide que lorsque je lègue *cum haeres voluerit*, l'héritier grevé ne peut en aucun moment de sa vie être forcé d'acquitter le legs : *tractum habet quamdiu vivat*, mais que si l'héritier grevé meurt avant d'avoir acquitté le legs, ses héritiers devront l'acquitter immédiatement. Le legs *cum haeres voluerit* est donc un legs ayant pour terme le plus long la mort de l'héritier, tandis que la stipulation *cum promittens voluerit*, s'éteint dans le cas où le promettant meurt avant d'avoir fixé un

terme. Or le legs qui a pour terme la mort de l'héritier est, comme nous l'avons vu, un legs conditionnel parce qu'il est incertain que le légataire survive à l'héritier grevé; c'est pourquoi la L. 11 continue en ces termes : *sed si fideicommissarius* (c'est-à-dire le légataire) *antequam heres constituat, decesserit, ad heredem suum nihil transtulisse, videtur : conditionale enim esse legatum nemini dubium est, et pendente conditione legati, videri decessisse fideicommissarium.*

144. Telle est la doctrine de Mühlenbruch sur la clause qui abandonne le terme à la discrétion du débiteur. Cette doctrine est incontestable en ce qui concerne les legs, mais elle est trop générale en ce qui concerne les obligations contractuelles; ici il faut pour déterminer les effets de la clause *cum debitor voluerit*, faire plusieurs distinctions.

S'agit-il de stipulations, nous dirons que la clause *cum promittens voluerit* rend la stipulation conditionnelle, et que cette condition est une de celles qui doivent s'accomplir dans la personne du promettant, et dont l'accomplissement est impossible, et fait par conséquent défaut, lorsque le promettant est mort sans l'avoir accomplie : *si ita stipulatus fuero : cum volueris*, dit Paul à la L. 46, § 2, D. XLV, 1, *quidem inutilem esse stipulationem aiunt; alii ita inutilem, si antequam constituas, morieris : quod verum est.* Par conséquent, selon Paul, la stipulation *dabis cum volueris*, est valable, mais comme le promettant, d'après la lettre de la stipulation, a réservé le terme à sa propre discrétion, et que les stipulations ne peuvent s'interpréter que d'après la lettre, ce droit du promettant doit être respecté, et ne saurait être amoindri. Il n'appartient donc qu'au débiteur de fixer le terme comme il l'entend. Nul ne saurait le contraindre, nul autre ne saurait le fixer pour lui. C'est à cette condition que le promettant s'est engagé; et si la condition fait défaut, la stipulation elle-même sera devenue inutile : *alii ita inutilem, si antequam constituas, morieris.*

Mais cette décision, si conforme aux principes quand il s'agit de stipulations, peut-on la généraliser? peut-on l'appliquer à toutes les obligations contractuelles accompagnées de la clause : *cum debitor voluerit*? Mühlenbruch l'a fait, mais son opinion nous sem-

ble devoir être rejetée. Supposez qu'en vous faisant un prêt je vous dise : vous me le rendrez quand vous voudrez, *cum volueris*, et qu'entretemps, et avant qu'aucun terme ultérieur ait été fixé, l'emprunteur vienne à mourir, pourra-t-on dire que l'obligation est devenue inutile, que la restitution du prêt ne saurait être poursuivie contre les héritiers de l'emprunteur? Ce serait, je crois, une grave erreur, car tout ce qu'on pourrait conclure de la L. 46, § 2, D. XLV, 1, c'est que la stipulation concernant le terme serait devenue inutile. Mais résulterait-il de là que le prêt ne dût pas être restitué par les héritiers? Nullement, car l'obligation de restitution résulte du *mutuum*, de la *numratio pecuniae*. Donc les héritiers de l'emprunteur resteront débiteurs d'un prêt, sans terme fixé pour la restitution; et en tel cas, si les parties ne s'accordent pas sur la restitution, le juge arbitrera le terme.

Supposons maintenant qu'il s'agisse d'un contrat de vente où il soit convenu que l'acheteur payera le prix quand il lui plaira, à sa convenance, *cum voluerit* : pourrait-on ici encore appliquer la décision de la L. 46, et dire que l'obligation s'est évanouie si l'acheteur vient à mourir avant d'avoir fixé un terme? Je ne le pense pas. Dans les contrats commutatifs, la clause *cum voluerit promittens* ne saurait avoir pour effet de subordonner l'obligation même au bon vouloir du promettant. Cela répugne à la nature du contrat commutatif où l'on donne toujours pour recevoir; par conséquent cette clause ne saurait être envisagée que comme un terme indéterminé, *dies incertus quando*, dont le dernier prolongement est marqué par la mort du promettant (1). La règle qu'on a voulu tirer de la L. 46, nous paraît donc trop générale, et il faut, selon nous, pour apprécier l'effet de la clause *cum debitor voluerit*, distinguer :

1° Les stipulations. — Là la clause *cum voluerit*, implique condition, à savoir que le promettant fixera ultérieurement le terme, parce que son obligation ne résulte que de sa promesse à laquelle on ne saurait rien ajouter. Si donc le promettant meurt

(1) Comparez POTIER, *Oblig.*, n° 47. — TOULLIER, T. VI, n° 498. — DURANTON, T. XI, n° 47 (éd. fr.), — et POTIER, *Pand. Inst.*, Liv. XLV, tit. I, n° XCIX, note. — (III, p. 221, n° 11, éd. 1819).

avant d'avoir ultérieurement fixé le terme, la stipulation est nulle *deficiente conditione*.

1^o Les contrats qui ont pour objet une restitution et ceux qui sont commutatifs. — Là l'obligation ne dépend pas de la fixation du terme, elle a sa cause dans ce que la partie qui promet de donner ou de restituer, a reçu elle-même; l'obligation aura par conséquent pour terme le plus long la mort du promettant, et devra dans tous les cas être acquittée par ses héritiers.

2^o Les legs. — La clause *cum heres voluerit* n'a point pour but de faire dépendre l'obligation elle-même de la volonté de l'héritier, mais seulement de lui abandonner la fixation ultérieure du terme. Cette clause n'est donc en soi qu'un terme qui ne peut se prolonger au-delà de la mort de l'héritier grevé, mais comme tel terme implique la condition : *si le légataire survit à l'héritier*, il s'ensuit qu'en définitive la clause *cum heres voluerit* rend le legs conditionnel, en ce sens, non pas qu'il faille que l'héritier ait fixé un terme pour que le legs demeure utile, mais que le légataire doit survivre à l'héritier qui peut différer le paiement jusqu'à sa mort. C'est pourquoi Ulpien dit à la L. 11, § 6, D. XXXII : *Conditionale esse legatum nemini dubium est*.

142. Si la clause *cum debitor voluerit* n'empêche pas le lien de l'obligation, mais est un véritable terme se prolongeant tout au plus jusqu'à la mort du débiteur, excepté dans les stipulations et dans les legs où elle implique condition, il n'en est pas de même de la clause *dabo si volueris*; car aux termes de la L. 46 déjà citée, celle-ci empêche tout lien obligatoire de se former, décision qui d'après les L. 7, § 1, D. XVIII, 1, et L. 11, § 7, D. XXXII, s'étend aux contrats synallagmatiques et aux legs comme aux stipulations.

Cette distinction entre les clauses *cum volueris* et *si volueris* a paru subtile à Pothier, mais Toullier invoquant l'autorité de Maleville défend le droit romain contre ce reproche, et montre qu'il y a une différence réelle entre ces deux clauses, dont la première ne se rapporte qu'au temps du paiement et dont la seconde suspend le consentement même. Si, comme nous l'avons montré, la faculté réservée au débiteur, de fixer librement le

terme, devient une condition dans les stipulations et les legs, considérée en soi elle ne constitue cependant qu'un terme; tandis que la clause *si volueris* est en réalité et toujours un *merum arbitrium*, qui laisse la volonté entièrement libre et ne peut obliger. Du reste, comme on n'a pas fait les distinctions que nous avons établies, il n'est pas étonnant que quelques-uns aient aussi voulu voir dans la clause *cum voluero* un *merum arbitrium*, une condition potestative empêchant le lien de l'obligation (1).

146. Y a-t-il une différence entre la clause : je donnerai si je veux, et la clause : je donnerai si je le juge convenable, *si aestimavero, si arbitratus fuero*?

Pothier (*Oblig.*, n° 48) a voulu en voir une, mais dans les actes entre vifs il n'en existe point, parce que lorsque je m'engage si je le juge convenable, c'est mon propre jugement qui doit être consulté, et non pas celui d'un tiers. Je demeure entièrement maître de ma volonté; la condition de l'obligation est un *merum arbitrium*, qui laisse le promettant aussi libre que si aucune promesse n'avait été faite; il n'existe donc point d'obligation. — L. 35, § 1, D. XVIII, 4.

Cependant, d'après la L. 11, § 7, D. XXXII, en matière de legs, la disposition : mon héritier donnera s'il le juge convenable ou raisonnable, *si aestimaverit, si arbitratus fuerit*, ne doit pas être confondue avec celle *si voluerit*. *Quamquam autem*, dit Ulpien, *fideicommissum ita relictum non debeatur, si volueris, tamen si ita adscriptum fuerit si fueris arbitratus, si putaveris, si aestimaveris, si utile tibi fuerit visum, vel videbitur, debebitur : non enim plenum arbitrium voluntas heredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum*.

Pourquoi dans les legs la clause : si mon héritier le juge convenable, est-elle un *arbitrium boni viri*, tandis que dans les conventions elle est un *merum arbitrium*? C'est que les conventions doivent s'exécuter d'après l'intention des parties et de telle sorte que dans le doute on suive l'interprétation la plus favorable au

(1) Voyez MALEVILLE, sur l'art 1174 du Code civil, et les autorités citées à la note précédente.

promettant, tandis que les legs s'interprètent d'après l'intention du testateur seul et non d'après celle de l'héritier. C'est en effet dans la volonté du testateur et non dans celle de l'héritier qu'est la cause de l'obligation. Or, dans la clause *si heres arbitratus fuerit*, ou dans les équivalents *si aestimaverit*, *si utile videbitur*, l'intention du testateur est que le legs s'exécute, non pas selon le bon plaisir de l'héritier, mais si cela est juste, convenable; et quant à cette question de justice et de convenance le testateur s'en est rapporté à l'héritier. Si donc celui-ci manque à cette mission, s'il juge arbitrairement, il contrevient à la volonté du testateur et donne ouverture à l'action *ex testamento*, par laquelle le légataire pourra faire déclarer par le juge les raisons de justice et de convenance que l'héritier n'a pas voulu reconnaître. (1).

147. En général le terme est présumé ajouté dans l'intérêt du débiteur. Il s'ensuit que le débiteur peut d'ordinaire renoncer au terme, et forcer le créancier à accepter le paiement avant l'échéance (2). Cependant il y a des cas où le terme est stipulé aussi dans l'intérêt du créancier, et alors aucune des parties ne saurait y renoncer sans le consentement de l'autre. C'est ce qui arrive d'après la L. 122, D. XLV, 1, lorsqu'en le stipulant, les parties conviennent en même temps d'un certain lieu pour l'exécution de la convention. Le stipulant est alors censé avoir un intérêt particulier à recevoir le paiement au lieu désigné et à l'époque fixée. J'emprunte une somme d'argent à Rome, avec promesse de la restituer après trois mois, dans une ville de province que nous désignons. Je paie les intérêts à l'avance. Quelques jours après je fais à Rome des offres de paiement au créancier. Le créancier refuse, et le délai écoulé, il m'assigne en province. L'action sera fondée parce que, bien que les intérêts aient été payés à l'avance, le créancier qui a stipulé un lieu de paiement, est censé avoir un intérêt à ne recevoir le paiement que dans le lieu et à l'époque fixés.

148. Ces principes sont aussi ceux du droit français; « le terme

(1) Comparez TOULIER, VI, n° 499. — DURANTON, XI, n° 22 (éd. fr.)

(2) L. 41, § 1, D. XLV, 1. — L. 17, D. L, 17. — L. 70, D. XLVI, 3.

« est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il
« ne résulte de la stipulation ou *des circonstances* qu'il a été aussi
« convenu en faveur du créancier » (art. 1187). — Le créancier est
donc forcé de recevoir avant terme, à moins de convention con-
traire, convention qui pourra même être tacite et ne résulter que
des circonstances dans lesquelles le contrat a été formé.

Dans les obligations relatives aux papiers négociables le terme
est présumé par la loi (art. 147, 187, Code de Com.), convenu
en faveur du créancier aussi bien que du débiteur, et d'après
Toullier et Pardessus la même présomption doit être étendue
à toutes les promesses et obligations relatives aux affaires de com-
merce (1).

(1) TOULLIER, VI, n° 679. — PARDESSUS, *Droit comm.*, I, p. 177 (éd. Stapleaux).

CHAPITRE XII.

DE LA CLAUSE PÉNALE.

Sommaire.

149. Définition de la clause pénale. — La nullité de l'obligation principale la rend nulle.
150. *Quid* de la clause pénale ajoutée à une promesse ou à une stipulation pour un tiers ?
151. But de la clause pénale en droit romain; — en quoi différente de la clause pénale du droit français. La peine stipulée n'est point sujette à réduction.
152. Exception : La peine est sujette à réduction si elle contient une stipulation usuraire déguisée.
153. La peine peut dépasser le double de la valeur de la chose due. — La L. 1, C. VII, 47, n'est pas applicable à la clause pénale.
154. Le créancier ne peut poursuivre en même temps la peine encourue, et l'exécution de l'obligation principale, mais il a le choix entre l'une et l'autre. — Cas exceptionnels où il ne peut poursuivre que la peine.
155. Cas où le créancier ne peut poursuivre la peine en cas d'inexécution. — L'obligation avec clause pénale, comparée à l'obligation facultative.
156. Du cas où le créancier peut à la fois poursuivre la peine et l'exécution du contrat.
157. En matière de transaction on ne peut en même temps demander la peine et se prévaloir de la convention.
158. Examen de la même question en droit français. L'article 2047 du Code civil ne déroge pas à l'article 1229.
159. Quand, en droit romain, la peine est-elle encourue ?
160. Quand l'est-elle en droit français ?
161. Pour qu'elle le soit, il faut que l'inexécution de l'obligation soit imputable au débiteur.
162. La peine n'est pas encourue si l'obligation principale est éteinte ou rescindée. — L. 15, D. II, 15, expliquée.
163. La peine est encourue par les héritiers du débiteur, par leur convention à l'obligation principale; mais sera-t-elle encourue pour le tout en cas d'exécution partielle? — Division de la matière.

164. S'il n'y a qu'un seul débiteur et un seul créancier, il est des cas où la peine pourra être réduite par le juge, quoique l'obligation n'ait été exécutée que partiellement.
165. La peine pourra-t-elle être réduite lorsque parmi plusieurs débiteurs, les uns ont exécuté l'obligation principale qui est restée inexécutée de la part des autres, ou lorsque l'obligation a été exécutée à l'égard de quelques créanciers sans l'être à l'égard de tous. — Controverse.
166. Suite.
167. Conclusion : on peut admettre comme règle que la peine ne peut être modifiée par le motif que l'obligation principale a été exécutée en partie. Mais cette règle est susceptible de fléchir au cas où la clause pénale est ajoutée à des stipulations qui s'interprètent *ex mente practoris*, ou à des contrats de bonne foi dont l'interprétation est également dominée par l'équité.
168. En droit français lorsque l'obligation n'a été exécutée que par quelques-uns des débiteurs, ou qu'elle ne l'a été qu'à l'égard de quelques-uns des créanciers, la peine est-elle encourue pour le tout, on pourra-t-elle être réduite? — Pour le premier cas, le Code admet la distinction établie par Caton à la L. 4, D. XLV, 1; pour le second il admet la réduction. — Examen des articles 1231, 1232, 1233 du Code civil.
169. Il ne faut pas confondre la clause pénale qui tend à confirmer l'obligation principale avec la clause connue sous le nom de *mulcta poenitentialis*, qui tend à la dissoudre. La clause pénale n'a aucun caractère pénitentiel.
170. Suite. — Explication historique de la L. 44, § 6, D. XLIV, 7.
171. En quoi la *mulcta poenitentialis* ou le dédit, diffère de l'obligation facultative.

149. La clause pénale est un engagement accessoire par lequel un débiteur, afin d'assurer l'obligation principale, s'engage à une prestation déterminée pour le cas où il manquerait à sa promesse. La peine peut être promise soit pour le défaut d'exécution, soit pour le simple retard.

La clause pénale, comme engagement accessoire suit naturellement le sort de l'obligation principale. Si celle-ci est nulle, s'il y manque une condition essentielle à la validité du contrat, la clause pénale ne saurait avoir d'effet (1). Lorsque je promets sous clause

(1) « La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale. » Art. 1227 du Code civil.

pénale une chose qui n'existe plus, la stipulation de la chose principale étant nulle comme impliquant l'impossible, la clause pénale aura le même sort; car pour qu'elle puisse frapper le débiteur, il faut que le défaut d'exécution lui soit imputable (1).

Il en serait de même si on promettait sous clause pénale une *res propria stipulantis; nam quod stipulantis est, stipulantis fieri non potest*, ou si on promettait une chose illicite ou contraire aux mœurs. Ainsi la faculté de tester, d'exprimer une volonté suprême, étant considérée en droit romain comme le devant demier entièrement libre, la promesse que je ferais d'instituer Titius héritier, serait nulle ainsi que la clause pénale que je pourrais y ajouter (2).

Pareillement, les Romains considérant la faculté de divorcer comme essentielle au mariage, la convention *ne liceret divertere*, et la clause pénale ajoutée à cette convention dans le but d'en assurer l'exécution, étaient par cela même frappées de nullité. Il en était de même de la convention et de clause pénale relatives à un mariage à contracter : *Inhonestum visum est, dit Paul, vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura, sive jam contracta* (3).

Ainsi lorsqu'une convention est nulle pour défaut d'objet, vice de forme, ou incapacité des parties, la clause pénale, bien loin d'en pouvoir assurer l'exécution, tombe avec elle.

150. S'il en est autrement dans les stipulations et les promesses pour un tiers, c'est pour des motifs que nous avons déjà invoqués. Ni la stipulation pour un tiers, ni la promesse pour un tiers n'impliquent rien d'impossible; mais la première n'oblige pas envers le stipulant, parce que celui-ci n'y a pas d'intérêt, et la seconde n'engage pas le promettant, parce que, promettant pour un tiers, il n'a pas exprimé l'intention de s'engager lui-même envers le stipulant. Il s'ensuit que la clause pénale rend l'une et l'autre de ces stipulations valables : la stipulation pour un tiers,

(1) L. 69, D. XLV, 1 : *Si homo mortuus sisti non potest, nec poena rei impossibilis committetur : quemadmodum si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, poenam stipuletur.* »

(2) L. 61, D. XLV, 1.

(3) L. 134, D. XLV, 1. — L. 2, C. VIII, 39.

en créant un intérêt pour le stipulant au cas où le promettant n'exécute pas l'obligation envers le tiers; — la promesse pour un tiers, parce que par la clause pénale le promettant exprime l'intention de payer lui-même au stipulant, faute d'exécution de la part du tiers au nom duquel la promesse a été faite.

151. Le but de la clause pénale est, comme le porte la définition, d'assurer l'exécution de l'obligation. Elle prévient les contestations qui pourraient s'élever sur le montant des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution, dommages et intérêts dont elle détermine le chiffre à l'avance, *ne quantitas stipulationis in incerto sit*, dit le § 7, Inst. III, 15. Elle était surtout importante dans les stipulations proprement dites, lesquelles étant *stricti juris* ne permettaient pas le *juramentum in litem* (1), et exigeaient cependant que les dommages et intérêts fussent rigoureusement prouvés. Or, dans les obligations qui avaient pour objet un *facere* ou un *non facere*, cette preuve était souvent difficile. C'est pourquoi Justinien, au § 7, Inst. III, 15, dit au sujet de ces stipulations : *Et in ejusmodi stipulationibus optimum erit poenam subijcere*. Il paraît même que, dans le principe, de pareilles stipulations, à cause de l'incertitude de l'objet en soi, étaient nulles lorsque le demandeur n'avait pas pris la précaution d'y ajouter une clause pénale, et que ce ne fut que par la suite qu'on autorisa le juge à estimer les dommages et intérêts du demandeur, d'après les données que ce dernier devait établir sans pouvoir recourir au *juramentum in litem*. C'est ce qui résulte du § 7, Inst. III, 15; de la L. 68, D. XLV, 1; et de ce que Gaius nous apprend au livre III, § 92 et 93. Primitivement la stipulation ne pouvait avoir pour objet qu'une *certa pecunia* ou une *certa res* dans la forme : *dare spondes*? L'action qui y correspondait était la *condictio certi*, la plus ancienne de toutes les actions *stricti juris*. La nullité des stipulations d'un *facere* ou d'un *non facere* auxquelles aucune clause pénale n'était ajoutée, était d'ailleurs tout à fait conforme au génie de l'ancien droit qui, quand il s'agissait du *jus civile*, n'abandonnait rien à l'arbitrage du juge, rien que la connaissance d'un simple fait.

(1) L. 5. L. 6, D. XII, 3.

Mais, quoi qu'il en soit de cette question historique, toujours est-il que la clause pénale a conservé son importance, par cela seul que dans les obligations *stricti juris* les dommages et intérêts ne pouvaient pas s'établir par le *juramentum in litem*. Le créancier avait intérêt à l'insérer non seulement dans la stipulation qui avait pour objet un *facere*, mais dans toute stipulation d'une *res certa*, car le *strictum jus* n'accordait pas d'intérêts moratoires; ceux-ci ne pouvaient être adjugés *ex arbitrio judicis*, et le créancier ne les obtenait qu'en les faisant comprendre dans une clause pénale.

A tous ces égards donc, la clause pénale avait réellement pour objet d'assurer au créancier l'exécution de l'obligation, car elle seule lui garantissait dans les *negotia stricti juris* un dédommagement complet en cas d'inexécution; et de là est venu l'usage si fréquent de la clause pénale sous la législation romaine. Aussi serait-on conduit à de fausses conséquences, si l'on confondait le but qu'elle avait en droit romain avec celui indiqué par l'article 1229 du Code civil. En droit français, « la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. » Elle a pour unique objet de fixer à l'avance et irrévocablement le chiffre des dommages et intérêts; mais jamais elle n'est indispensable pour que ceux-ci puissent être exigés. Elle ne crée pas à vrai dire un droit nouveau pour le créancier, elle ne fait que le dispenser de la preuve du dommage que l'inexécution de l'obligation principale lui a fait souffrir; mais aussi elle ne l'admet plus à prouver que ce dommage dépasse le chiffre stipulé (1).

En droit romain au contraire, lorsque la clause pénale était ajoutée à un *negotium bonae fidei*, comme par exemple lorsqu'elle concourait avec l'*actio empti* ou *pro socio* (2), et que le demandeur

(1) Il y a toutefois à admettre une distinction pour le cas où il s'agit d'une obligation de faire, où le créancier, faute d'exécution par le débiteur, peut faire exécuter à ses dépens. Si les dépens excèdent le taux de la peine, le supplément sera dû. Le motif en est que l'obligation n'est plus regardée comme inexécutée et que la clause pénale devient sans objet, la condition faisant défaut. — Comparez DEBANTON, XIII, n° 340.

(2) L. 41 et 42, D. XVII, 2. — L. 28, D. XIX, 1.

prouvait que le montant du dommage souffert dépassait la peine stipulée, il pouvait, même après avoir obtenu la peine, agir par l'action *ex bonae fidei contractu* pour se faire indemniser entièrement; mais, comme aujourd'hui sous le droit français, le défendeur ne pouvait jamais demander une réduction de la peine sous le prétexte que celle-ci était supérieure au montant des dommages et intérêts que l'inexécution aurait fait éprouver au demandeur.

152. Cette règle, que la somme stipulée peut dépasser le montant des dommages et intérêts sans être sujette à réduction, n'est limitée que par la défense de stipuler des intérêts usuraires. La somme stipulée pénalement pourrait être réduite si elle contenait une stipulation usuraire déguisée, ce qui suppose : 1° que la peine ait été stipulée pour le non paiement d'un capital à un terme déterminé, sans quoi il ne peut être question d'usure; 2° qu'elle l'ait été dans l'intention de faire l'usure. A ces conditions la clause pénale devient inutile, en ce sens qu'elle est réductible au taux des intérêts légaux. Si donc le vendeur stipule que l'acheteur, à défaut de payer le prix convenu au terme fixé, paiera le double, une telle stipulation, d'après la L. 12, § 26, D. XIX, 1, peut être réduite comme impliquant l'intention d'obtenir un taux usuraire (1). Mais si une personne vend un objet pour 300 fr. afin de se libérer, au moyen du prix, d'une dette emportant contrainte par corps, et qu'elle stipule que si l'acheteur ne lui paye les 300 fr. dans un mois, sa dette sera de 400, on ne pourra y voir une stipulation usuraire déguisée, car le vendeur avait un intérêt réel, suffisant, à stipuler 100 fr. de dommages et intérêts en cas d'inexécution. Par exception donc le créancier peut être astreint à prouver que la peine ne dépasse pas le chiffre des dommages et intérêts, lorsqu'il est créancier d'un capital, et que la peine dépasse le taux de l'intérêt légal.

153. Cependant le principe même que la somme stipulée sous forme de peine, n'est point sujette à réduction, a été contesté. On a cru trouver dans la L. 1, C. VII, 47, une limite apportée au taux des stipulations pénales. Il y est dit en effet : *Sancimus in omnibus*

(1) Voir aussi L. 9, D. XXII, 1.

casibus qui certam habent quantitatem, vel naturam, veluti in venditionibus, et locationibus, et omnibus contractibus hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere. On en a conclu que dans la clause pénale, le taux des dommages et intérêts était limité au double de l'objet de l'obligation principale. Mais il suffit de lire attentivement la loi dans son entier pour se convaincre qu'elle laisse intacte la règle que nous venons d'exposer. Elle ne s'applique pas en effet à la clause pénale, elle ne se rapporte qu'aux dommages et intérêts qui peuvent être arbitrés par le juge, lesquels dans tout contrat de bonne foi, où il s'agit d'une chose certaine, comme dans la vente ou le louage, ne sauraient dépasser le double de la valeur de la chose ou du prix convenu. D'autre part, la L. 56, D. XXI, 2, dit en termes formels que l'on peut stipuler le double, le triple ou le quadruple, et la L. 38, § 17, D. XLV, 1, ajoute qu'il suffit qu'une peine soit stipulée, pour qu'elle soit due en cas d'inexécution : *poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit, sed quae est quantitas, quaeque conditio stipulationis*, règle qui ne subit d'autre restriction que celle dont nous avons parlé au numéro précédent.

154. Lorsque la convention n'a pas été exécutée, lorsque la peine est encourue, le créancier a le choix entre la poursuite de la peine et l'exécution de la convention; mais il ne saurait exiger cumulativement l'une et l'autre (1). Il y a cependant des cas où le créancier est privé du choix, où il ne peut poursuivre que la peine, de même qu'il y en a d'autres, où il peut poursuivre cumulativement celle-ci et l'exécution de l'obligation principale.

Le créancier est privé du choix lorsque la peine est ajoutée à une convention qui sans la clause pénale n'aurait pas eu d'effet; soit à une stipulation pour autrui, soit à une promesse pour autrui. Dans ce cas il est évident qu'il ne peut poursuivre que la peine; encore faut-il que l'exécution ait été possible.

Il en est de même dans l'obligation de ne point poser certain

(1) L. 28, D. XIX, 1. — L. 4, § 7, D. XLIV, 4. — L. 10, § 1, D. II, 14. — Art. 1228 du Cod. civ.

fait, *non faciendi*; du moment que la peine est encourue, le choix échappe au créancier par la nature même des choses (1).

135. Mais si l'objet de l'obligation a péri, si l'exécution de l'obligation principale est devenue impossible, sans faute de la part du débiteur, la peine ne sera pas même due : où il n'y a pas d'obligation principale, il n'en saurait exister d'accessoire (2). Ce caractère distingue la clause pénale de l'obligation dite facultative. Dans l'une comme dans l'autre, il n'y a, il est vrai, qu'une seule chose qui soit *in obligatione*, mais l'obligation facultative diffère de la clause pénale, en ce que dans la première c'est le débiteur qui a le choix, tandis que dans l'obligation pénale la peine une fois encourue, le choix appartient au créancier et jamais au débiteur.

Les auteurs ne mentionnent qu'une seule exception à cette règle, exception introduite en haine de l'esclavage. Si j'ai stipulé sous clause pénale la mise en liberté d'un esclave, et que faute par le débiteur d'avoir mis l'esclave en liberté lorsqu'il le devait, je poursuis la peine, le débiteur pourra toujours se libérer en affranchissant l'esclave.

136. Le créancier ne peut exiger cumulativement l'exécution de l'obligation et la peine, que lorsque ce droit résulte explicitement ou implicitement de la convention même : *cum id actum probatur*, dit la L. 113, § 2, D. XLV, 4, *ut si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur*. L'intention des parties a été, dans ce cas, de stipuler une peine qui tienne lieu, non de tous dommages et intérêts, mais uniquement des dommages et intérêts résultant de la demeure; et cette intention peut être exprimée implicitement par la clause *salvo manente pacto*, comme dit la L. 16, D. II, 13, ou *salvo manente transactionis placito*, comme il est dit à la L. 17, C. II, 4, ou peut résulter implicitement du taux de la peine, toutes les fois que la peine est trop minime pour que, dans l'intention commune des parties, elle ait dû tenir lieu de tous les dommages-intérêts à résulter de l'inexécution du contrat.

137. Comme on a diversement interprété le mots *rato manente*

(1) Voir L. 122, § 6, D. XLV, 1.

(2) L. 61 et L. 69, D. XLV, 1.

pacto de la L. 16, D. II, 45, et *salvo transactionis placito* de la L. 17, C. II, 4, quelques auteurs ont admis qu'en matière de transaction l'on pouvait, en cas de contravention, exiger la peine et en même temps se prévaloir de la transaction. On négligeait de remarquer que si ces lois accordent les deux droits cumulativement au créancier, c'est à cause de la convention expresse des parties, en non pas parce que la transaction serait soumise à des règles spéciales. Celui qui après avoir transigé intente une action, dit la L. 16, non seulement sera repoussé par l'exception de la transaction, mais devra en outre payer la peine à celui qui a stipulé que la peine serait due et que néanmoins le pacte de la transaction resterait debout et aurait ses effets. Tel est le sens de ces mots : *sed et poenam quam, si contra placitum fecerit, RATO MANENTE PACTO, stipulanti recte promiserat, praestare cogetur*. L'un et l'autre sont donc dûs, parce que telle était la stipulation.

La L. 17, C. II, 4, qui est un rescrit impérial, suppose une convention semblable; là il s'agit de savoir si celui qui a donné une somme pour obtenir la transaction, peut en cas de violation du pacte réclamer ce qu'il a donné, *causa data, causa non secuta*, et en même temps exécuter du *pactum transactionis*. Le rescrit impérial répond affirmativement, mais il se fonde, non pas sur la nature de la transaction, mais sur ce qu'en fait telle avait été la convention des parties : *Siquidem de his reddendis manente transactionis placito, statim stipulatione, si contra fecerit, propeixisti*. Et cette loi ajoute que si pareille convention n'était pas intervenue, celui qui aurait transigé moyennant une somme payée par lui, n'aurait que le choix, soit de se prévaloir de l'exception du pacte, soit de répéter la somme. D'après ce texte donc, il est impossible d'admettre que la transaction soit régie par des règles spéciales.

Et quant à la L. 40, C. II, 4, dont on a aussi argumenté pour placer la transaction en dehors du droit commun, il paraît également que dans l'espèce sur laquelle porte la décision, il y avait convention expresse de cumuler les deux droits. En effet, cela paraît résulter de ce qu'il y a un pacte de transaction, de ce qu'une somme a été donnée, et qu'il y a eu en même temps stipulation

aquillienne suivie de l'acceptilation. Du reste, par cela seul que ce texte laisse planer du doute sur la question, il est évident, en présence des textes précédents, qu'il ne suffit point pour soustraire la transaction aux règles ordinaires.

La même observation s'applique à la L. 122, § 6, D. XLV, 1, qu'on a pareillement invoquée. En présence des textes clairs et formels que nous venons d'analyser, il faut admettre que dans l'espèce de cette loi, la peine stipulée était tellement minime qu'elle ne pouvait être considérée comme tenant lieu de tous les dommages et intérêts qui seraient résultés de l'inexécution, mais qu'elle était destinée seulement à compenser le dommage causé, par cela seul qu'on serait obligé de soutenir une instance en justice.

Donc la règle que le créancier ne peut poursuivre tout à la fois l'exécution de la convention et la peine, à moins que ce droit ne résulte explicitement ou implicitement de la convention, cette règle, déjà établie plus haut, s'applique à la transaction aussi bien qu'à toute autre convention.

158. La question de savoir si la transaction est soumise à des règles spéciales est encore controversée sous le Code.

L'article 1229 pose le principe général que « le créancier ne peut demander à la fois le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard, » et l'article 2047 porte « qu'on peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter. » Il est évident que ce dernier texte considéré en lui seul laisse la question indécise; on n'y voit pas apparaître l'intention de soustraire la transaction au droit commun; et cela seul suffirait déjà pour faire décider qu'elle y reste soumise comme elle l'était en droit romain, s'il ne résultait d'ailleurs à l'évidence du rapport fait au tribunat sur le titre *des Transactions*, que telle a aussi été l'intention formelle du législateur. Albiſson y disait au nom de la section de législation : « La transaction comme les autres contrats en général, est susceptible de la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter. Cette stipulation a ses règles particulières relativement à son exécution; et ces règles sont expliquées avec soin dans la sec-

» tion VI, chapitre III de la loi sur *les contrats*. » Et Gillet, l'orateur du Tribunal, renvoyait à son tour aux règles précitées : « Toute » convention, disait-il, peut être garantie par des peines que les » parties stipulent. La transaction est susceptible aussi des clau- » ses pénales. »

Nous ne pouvons donc admettre l'opinion de Toullier, qui enseigne qu'après avoir exigé le paiement de la peine le créancier peut encore, malgré l'article 1229 du Code civil, demander l'exécution de la transaction, ou tirer de cet acte une exception contre la demande de son adversaire. La transaction restant soumise aux mêmes règles que les autres conventions, la peine ne pourra être exigée cumulativement avec l'exécution du contrat qu'en vertu de ce même article 1229, alors qu'elle est trop minime pour être regardée comme clause pénale véritable, et n'est plus qu'une indemnité convenue à l'avance entre parties pour le préjudice causé par l'exécution tardive et non volontaire de la transaction (1).

159. La peine est encourue lorsqu'après sommation préalable le débiteur n'a pas payé (2).

Si cependant un terme a été fixé pour le paiement, la seule échéance du terme fait encourir la peine, indépendamment de toute sommation. Quoique la question de savoir si cette seule échéance du terme met le débiteur en demeure, et le soumet à toutes les conséquences de celle-ci, divise les auteurs (3), il est hors de doute qu'elle suffit pour que la peine puisse être exigée : la loi est formelle à cet égard : *Sancimus*, dit Justinien, *ut si quis certo tempore facturum se aliquid, vel daturum stipuletur, vel quae stipulator voluit, promiserit, et adjecerit, quod si statuto tempore minime haec perfecta fuerint, certam pecuniam dabit* :

(1) Comparez TOULLIER, VI, 830, dont Troplong adopte l'opinion sans discussion; — DELVINCOURT, T. VII, in-8°, p. 431. — DURANTON, XI, 345. — ZACHARIE, § 421.

(2) Voyez L. 23, D. XLIV, 7. — L. 23, § 1, 2, 3, et L. 21, § 8, 0, D. IV, 8. — Les deux dernières lois se rapportent à des stipulations prétoriennes. Comparez WOLFF, p. 51 et suiv.

(3) Cette question sera l'objet d'un examen spécial au chapitre *De la demeure*.

sciatur minime se posse debitor ad evitandam poenam adicere, quod nullus eum admonuit, sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro stipulationis tenore fiet obnoxius, cum ea quae promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere (L. 12, C. VIII, 38).

160. En droit français, la loi elle-même décide, contrairement au droit romain, que la peine n'est point due par la seule échéance du terme. Elle n'est encourue que lorsque le débiteur est constitué en demeure (art. 1230), ce qui n'a lieu que par une sommation ou par une acte équivalent, à moins qu'il n'ait été formellement stipulé que la demeure résulterait de la seule échéance du terme (art. 1139).

161. Du reste, s'il faut ou sommation ou échéance du terme, il est à remarquer cependant que la peine n'est point encourue si l'omission n'est pas imputable au débiteur. La peine n'est point due si le débiteur montre qu'il n'a pas dépendu de lui que le paiement n'ait été fait. Si donc le créancier est absent, ou décédé et que sa succession n'ait pas été acceptée, l'échéance du terme ne fait pas encourir de peine : *Si pupillo non habenti tutorem fideicommissum solvi non potuit*, dit la L. 17, § 3, D. XXII, 1, *non videri moram per heredem factam Divus Pius rescripsit. Ergo nec ei debetur, qui, quod Reipublicae causa absuit, vel ex alia causa justa impeditus, ex qua restitutio indulgetur, petere non potuit* : QUID ENIM POTEST IMPUTARI EI QUI SOLVERE, ETIAMSII VELLET, NON POTEST ?

162. Pareillement la peine n'est pas encourue si l'obligation principale est éteinte, parce que dans ce cas le créancier ne peut se plaindre du retard que met le débiteur à exécuter une obligation qui n'existe plus. On a contesté cette règle en invoquant la L. 13, D. II, 13, mais il ne sera pas difficile de montrer que ce texte sainement interprété n'est pas contraire à la règle, que d'autres textes d'ailleurs justifient complètement.

Voici d'abord l'espèce de la L. 21, § 8, D. IV, 8 : La partie qui avait fait un compromis, qui s'était engagée sous clause pénale à se trouver tel jour chez l'arbitre désigné, se présente en effet, mais l'arbitre ajourne les parties. Dans cette

espèce, si après l'ajournement, la partie qui avait promis sous clause pénale de se présenter, ne se représente pas, la peine ne saurait être encourue parce que, par le fait de la présentation, la première obligation contractée sous clause pénale a été éteinte.

La L. 1, C. II, 56, n'est pas moins favorable à l'opinion que nous défendons. D'après ce texte, si les parties stipulent que celle qui n'obéira pas à la sentence arbitrale payera une peine, il faut que la sentence arbitrale soit portée dans le délai déterminé dans la stipulation, pour que la peine puisse être encourue. Le motif en est que le jugement arbitral qui interviendrait après le délai convenu entre parties, ne les obligerait plus, et que par conséquent l'inexécution de ce jugement ne saurait faire encourir la peine.

Voyons maintenant la L. 15, D. II, 15. Le jurisconsulte Paul y conseille à la partie qui a obtenu une transaction, de recourir à la stipulation aquilienne pour être libérée ensuite *per acceptilationem*, et, pour plus de sûreté encore, d'ajouter une clause pénale, parce que, dit le texte, *resciso forte pacto, poena ex stipulatu peti potest*. Dira-t-on ici que la peine pouvant être exigée après rescision du pacte, il y a opposition entre ce texte et les textes précédents? Non, cette conséquence ne serait pas légitime; elle ne reposerait que sur une interprétation erronée de la L. 15. Tout dépend ici du sens qu'il faut attribuer à ces mots *resciso forte pacto*. Si ces mots se rapportaient à une rescision *ex jure* qui mit le pacte de transaction à néant, évidemment il y aurait contradiction; mais une telle rescision ne peut facilement se présumer dans l'esprit de cette loi, puisque le texte ne fait pas la moindre mention de la cause qui aurait pu l'autoriser. Le jurisconsulte a seulement voulu indiquer à la partie qui transige, la voie la plus sûre pour mettre ses intérêts à couvert. L'acceptilation qui suit la stipulation aquilienne détruit le fondement de la demande *ipso jure civili*; mais la stipulation pénale est encore plus favorable, car elle donne à la partie qui l'a obtenue le choix, si elle est poursuivie, entre l'exécution de la transaction et la peine. Si elle réclame la peine, la transaction est comme non avenue, comme rescindée par le fait de son éléction. Mais si elle se prévaut

de la transaction et qu'elle repousse l'action, le pacte est maintenu. Tel est le sens de cette loi. Les mots *resciso forte pacto* veulent dire : *si la partie ne se prévaut pas de la transaction*; ils ne désignent que la rescision qui est le fait du créancier lui-même. Il n'en résulte donc pas que la clause pénale puisse avoir des effets lorsqu'elle est ajoutée à un pacte nul, ou éteint, ou rescindé.

163. Comme la peine dont il s'agit ici est conventionnelle, le droit ainsi que la charge qui résultent de la stipulation pénale se transmettent aux héritiers. Nul doute à cet égard; mais à quelles règles cette transmission est-elle soumise? les héritiers sont-ils tenus de toute la peine du moment que l'obligation est restée inexécutée de la part d'un seul d'entre eux? Pour ce cas, comme pour le cas analogue d'un seul débiteur qui exécute pour partie, des auteurs ont posé comme règle que la peine est due en entier. Mais cette décision ne peut être admise. Nous examinerons successivement : 1^o Le cas où il n'y a qu'un seul débiteur et un seul créancier, 2^o celui où il y a plusieurs débiteurs ou créanciers; et nous établirons que pour aucune de ces deux hypothèses cette règle ne peut être acceptée sans distinction ni réserve.

164. Examinons d'abord l'hypothèse où il n'y a qu'un seul débiteur et un seul créancier. La L. 47, D. XIX, 1, s'y rapporte; en voici l'espèce : Titius avait vendu des matériaux, et il avait promis une peine pour le cas où ces matériaux n'auraient pas été livrés tous dans un temps déterminé : *ita ut si non integras repraestaverit intra statuta tempora, poena conveniatur*; Titius meurt, les matériaux n'ont pas été livrés tous en temps utile, ni par lui, ni par ses héritiers, et la loi décide que toute la peine sera due. Mais pourquoi le décide-t-elle? Évidemment parce que la peine avait été stipulée pour le cas où dans un certain délai on ne livrait tous les matériaux, *integras*. Cette loi ne prouve donc pas qu'il faille admettre d'une manière absolue que la peine est due dès que l'obligation n'est pas entièrement exécutée; le motif de la décision justifierait plutôt le contraire.

Mais la L. 9, D. II, 11, est plus explicite à cet égard. Elle est ainsi conçue : Quelqu'un promet de faire ester *in judicio* un certain nombre d'esclaves et ses esclaves se présentent en justice, à

l'exception d'un seul. A la rigueur, dit le jurisconsulte, toute la peine est due parce que tous ne se sont pas présentés, mais il ajoute : *si pro rata unius offeratur poena, exceptione doli usurum eum qui ex stipulatione unius convenitur*. Le débiteur pourra opposer au demandeur l'*exceptio doli* qui repose toujours sur une appréciation de fait et est avant tout une question d'équité. D'après la L. 9, d'accord en cela avec l'article 1231 du Code civil, la peine peut donc être modifiée par le juge lorsque l'obligation a été exécutée en partie. Et en équité le juge la réduira si par un événement dont le débiteur doit répondre, l'exécution totale ne peut pas avoir lieu, mais que cependant l'exécution partielle ait été utile; il la réduira si le créancier a accepté un paiement partiel là où l'obligation aurait pu et dû se faire en une fois, et qu'il ne se soit pas réservé le droit d'exiger toute la peine. Mais hors ce cas, le créancier ne saurait être forcé à recevoir partie de l'obligation principale et partie de la peine.

La L. 83, § 6, D. XLV, 1, n'est pas contraire à cette doctrine. Il n'y est point question d'une obligation sous clause pénale, mais d'une obligation conditionnelle. Je stipule : *Si fundus Titianus datus non erit, centum dabis?* et le jurisconsulte décide avec raison : *non prodest partes fundi tradere, cessante uno; quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere*. En effet il résulte des termes de la stipulation même que le stipulant n'eut pas pu réclamer le fonds Titianus; le promettant ne s'est pas directement engagé à le livrer, il a seulement promis cent, sous une condition suspensive. Il n'y a pas là deux obligations, l'une principale, l'autre accessoire, il n'y en a qu'une; les cent sont seuls *in obligatione*, comme le dit la L. 44, § 5, D. XLIV, 7, qui statue sur le même cas; le fonds est *in exsolutione*. Ces cent seront dûs, que le fonds périsse ou non, dès que la condition négative sous laquelle on a contracté, s'accomplit.

163. Nous passons à l'hypothèse où il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs.

Si nous n'avions que la L. 3, § 3 et § 4, D. XLV, 1, il faudrait dire que, si de plusieurs héritiers débiteurs, l'un exécute l'obligation, l'autre pas, la peine ne sera pas moins due en entier,

de telle sorte que chaque héritier, celui qui a satisfait à l'obligation comme celui qui y a manqué, sera tenu de la peine à raison de sa part héréditaire, sauf cependant le recours du premier contre le second par l'*actio familiae erciscundae*. Pareillement, à ne voir que la L. 3, D. XLV, 1, si l'obligation a été exécutée envers l'un des héritiers du créancier, mais non envers les autres, tous auront l'action *ex stipulatu* pour réclamer la peine à raison de leur parts héréditaires. Mais avant de tirer de ces textes la solution de la question qui nous occupe, il importe de les rapprocher des §§ 5 et 6 de la L. 2, ainsi que de la L. 4 du même titre de *verborum obligationibus*.

A la L. 2, D. XLV, 1, il est question de la stipulation qui intervenait lorsqu'on voulait s'assurer l'exercice d'un droit de servitude, et qui était conçue d'ordinaire en ces termes : *Per te non fieri neque per heredem tuum quominus mihi ire agere liceat*; et le jurisconsulte examine quel serait l'effet de cette stipulation, 1^o si l'un des héritiers du promettant ne l'exécutait point (§ 5); 2^o si elle n'était pas exécutée à l'égard de l'un des héritiers du stipulant (§ 6). Puis à ce même § 6 ainsi qu'à la L. 3, D. eod., il établit une différence entre le cas où la stipulation *per te non fieri...* ne serait pas accompagnée d'une clause pénale, et celui où elle le serait.

Si, dit le jurisconsulte au § 5, l'un des héritiers du promettant manque à la stipulation, s'il a empêché l'exercice de la servitude, ses cohéritiers sont également tenus des dommages et intérêts et chaque héritier sera tenu à raison de sa part, mais ceux qui ont satisfait à l'obligation auront leur recours contre celui qui a provoqué l'action en dommages et intérêts.

Au contraire, dit le § 6, en traitant du second cas, de celui où il y a plusieurs créanciers, si l'un des héritiers du stipulant a été empêché d'exercer la servitude, on peut se demander si tous auront l'action en dommages et intérêts ou si l'héritier qui a été empêché l'aura seul en raison de sa part; et le jurisconsulte se prononce en faveur de la seconde opinion pour le motif que les autres héritiers sont sans intérêt et pourront être repoussés par l'*exceptio doli* : *sed qui non sunt prohibiti*, dit Paul, *doli mali exceptione*

summovebuntur si poena nulla posita sit, et tunc pro parte ejus tantum qui prohibitus est, committetur stipulatio. — Mais si une clause pénale avait été ajoutée, porte la même loi, toute la peine serait due, et chaque héritier du stipulant aurait l'*actio ex stipulatu* pour réclamer sa part : *Nam si poena stipulationi adjecta sit in solidum committetur* (1). Puis à la L. 5, D. *ead.*, Ulpien nous donne le motif de cette décision. Il dit que l'obligation principale non exécutée envers l'un des héritiers du stipulant, ne donne pas d'action aux autres parce qu'ils n'ont pas d'intérêt, mais qu'il leur donnerait une action s'il y avait clause pénale : *nam poena subiecta efficit ut omnibus committatur, quia hic non quaerimus cujus intersit.* Puis laissant de côté l'hypothèse où il y a une clause pénale, il explique pourquoi, si l'un des héritiers du promettant a contrevenu à la stipulation *per te non fieri*, tous les cohéritiers sont tenus des dommages et intérêts, tandis qu'au cas où il a été contrevenu à la stipulation à l'égard de l'un des héritiers du stipulant, les autres n'acquièrent aucun droit; et le jurisconsulte répète que les cohéritiers du stipulant envers lequel il n'a pas été contrevenu à la stipulation, n'acquièrent aucun droit, aucune action, parce qu'ils n'ont pas d'intérêt, tandis que si l'un des héritiers du promettant contrevient à la stipulation, les cohéritiers sont tenus parce que le stipulant a intérêt à n'être empêché ni par l'un ni par l'autre, parce qu'en un mot l'exercice de la servitude est indivisible, et qu'on ne peut être empêché pour une partie (2).

166. Revenant maintenant à la question qui nous occupe et qui est de savoir si la peine peut être réduite lorsque parmi plusieurs débiteurs, les uns ont exécuté l'obligation principale qui est restée inexécutée de la part des autres, ou lorsqu'elle a été exécutée à l'égard de quelques créanciers sans l'être à l'égard de tous, nous devrions conclure des textes que nous venons d'analyser, que dans aucun des deux cas la peine n'est sujette à réduction. Mais ces textes ne renferment pas la solution définitive de la question. A

(1) Remarquons, comme nous le verrons encore ailleurs, que *in solidum* signifie ici *pour le tout, en entier*, et non pas solidairement.

(2) Voir aussi L. 83, § 3, D. XLV, 1.

la L. 4, D. XLV, 1, le jurisconsulte Paul la soumet à un nouvel examen, rend compte de l'opinion de Caton qui avait essayé de la résoudre par une distinction, et critique le principe de la distinction tout en montrant qu'il faut distinguer d'après un principe différent. Examinons attentivement cette loi.

Caton a écrit, dit Paul, que si une somme a été promise pénalement pour le cas de non-exécution d'une obligation, et qu'à la mort du promettant l'un de ses héritiers contrevienne à la promesse, la peine est encourue par tous, lorsque l'objet de la convention principale est indivisible; mais qu'elle ne l'est que par le seul contrevenant et à raison de sa part héréditaire seulement, lorsqu'il est divisible. Le motif donné par Caton est que ce qui ne peut être divisé, paraît être fait par tous les héritiers (1), tandis que lorsque l'objet de la convention est divisible, chaque héritier ne contrevient que pour sa part. C'est ce qui aurait lieu, dit Caton, si une clause pénale était ajoutée à la stipulation : *amplius non agi*. Alors celui-là seul des héritiers du promettant qui intenterait l'action devrait la peine pour sa part héréditaire, tandis que le contraire aurait lieu dans la stipulation *per te non fieri quominus mihi ire agere liceat*. Là, dit Caton, la contravention d'un seul équivaldrait à la contravention de la part de tous.

Mais Paul fait une remarque qui tend à montrer que Caton a eu tort de n'envisager ici que la divisibilité ou l'indivisibilité de l'obligation. La stipulation : *Titium heredemque ejus ratum habiturum* a certainement un objet indivisible, dit Paul, car le *dominus litis*, celui que l'on représente en justice ne peut ratifier pour une partie; et cependant, dit-il, si un seul de ses héritiers ne ratifie pas, cet héritier seul sera tenu de la peine et pour sa part seulement. En citant cet exemple, Paul veut montrer que ce n'est point dans la divisibilité ou l'indivisibilité de l'obligation principale qu'il faut chercher la raison de décider, car toutes les obligations d'un *facere* ou d'un *non facere* sont indivisibles dans leur

(1) Cependant ceux qui n'ont pas contrevenu à l'obligation principale, auront, s'ils sont poursuivis, leur recours contre le contrevenant, par le *judicium familiae erciscundae*, en vertu de la L. 2, § 5, D. XLV, 1.

exécution (1), et cependant il en est dont l'inexécution par un seul des héritiers fait encourir toute la peine qui retombe sur tous les héritiers, tandis qu'il y en a d'autres où pareille inexécution ne fait encourir la peine qu'à l'héritier contrevenant et pour sa part héréditaire seulement. C'est ce que Paul démontre par les exemples rapportés au § 2, lesquels se rapportent tous au cas où il existe plusieurs créanciers. Un acheteur a stipulé le double pour le cas de l'éviction. Il meurt; l'un de ses héritiers seulement souffre l'éviction : d'après le principe de la L. 2, § 6 et de la L. 3, dont plus haut nous avons analysé les dispositions, toute la peine devrait être encourue et tous les héritiers, même ceux qui n'auraient pas été évincés, devraient pouvoir réclamer leur part de la peine; et cependant Paul n'accorde l'*actio ex stipulatu* qu'à celui des cohéritiers qui a été évincé, et seulement pour sa part.

Il en est de même, dit Paul, de la *stipulatio fructuaria*, c'est-à-dire, de la promesse que faisait l'usufruitier de jouir en bon père de famille. Supposons plusieurs héritiers du stipulant; l'usufruitier contrevient à la promesse à l'égard de l'un d'eux : d'après Paul la contravention à la promesse n'obligerait que le contrevenant et pour sa part seulement.

Il en est de même encore, ajoute Paul, des stipulations *damni infecti*, et *ex operis novi nunciatione*, quoique une nouvelle œuvre ne puisse être restituée par parties. Et le jurisconsulte ajoute cette remarque : *haec utilitatis causâ recepta sunt*.

167. Tels sont les textes relatifs à la question que nous occupé. Quelle conclusion faut-il en tirer?

D'après les L. 2, § 6, L. 3, L. 3, § 4, la peine ne peut être réduite lors même que la stipulation a été exécutée en partie, et les héritiers du débiteur qui ont exécuté la stipulation sont tenus vis-à-vis du stipulant du fait de leurs cohéritiers qui y ont contrevenu, sauf leur recours contre ces derniers par le *judicium familiae erciscundae*. Il est à remarquer que ces décisions se rapportent à des cas où la clause pénale est ajoutée à des stipulations conventionnelles.

(1) Voyez plus loin le chapitre *De l'obligation indivisible*.

La L. 9, D. II, 11 et la L. 4, D. XLV, 1, admettent la réductibilité de la peine lorsqu'il y a eu exécution partielle de l'obligation principale. Mais dans tous les cas où cette réductibilité est admise, la clause pénale est ajoutée à des stipulations non pas conventionnelles mais prétoriennes; c'est-à-dire, non à des stipulations librement consenties par les parties et qui ne sont gouvernées que par la forme, par les *verba*, mais à des stipulations interposées sous l'autorité du préteur et qui d'après la L. 9, D. XLVI, 5, reçoivent leur interprétation *ex mente praetoris*; telle est la stipulation *in judicio sistendi* dont il est fait mention à la L. 9, D. II, 11, et telles sont encore les stipulations *ratum habendi, damni infecti, ex operis novi nunciatione, stipulatio fructuaria*, dont Paul fait mention aux §§ 1 et 2 de la L. 4, D. XLV, 1 (1).

Ainsi dans les stipulations prétoriennes qui sont susceptibles d'être interprétées *ex mente praetoris*, c'est-à-dire suivant l'équité, lorsque la stipulation principale a été exécutée en partie, la clause pénale sera susceptible de réduction. Et il en sera de même, comme nous l'avons vu par la L. 4, § 1 *in fine*, D. XLV, 1, lorsque la clause pénale aura été ajoutée à un contrat de bonne foi, comme par exemple lorsque l'acheteur aura stipulé le *duplum*, pour le cas d'éviction. C'est pour ce motif que la L. 47, D. XIX, 1, lorsqu'elle décide que toute la peine est due si les matériaux qui auraient dû être livrés endéans un certain temps ne l'ont été qu'en partie, a bien soin d'ajouter que la peine avait été stipulée : *si non INTEGRAS repraesstaverit intra statuta tempora*.

168. Voyons maintenant les règles que le droit actuel consacre en cette matière.

Le Code civil pose en principe que la peine peut être modifiée lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie (art. 1231). Puis passant à l'hypothèse où il y a plusieurs débiteurs, il fait une distinction entre le cas où l'obligation principale est d'une chose indivisible (art. 1232), et celui où elle est d'une chose divisible (art. 1233). Au premier cas, la peine est encourue par la

(1) Comparez aussi la L. 1, D. XLVI, 5.

contravention d'un seul des héritiers du débiteur, et elle peut être demandée contre chacun d'eux pour sa part et portion, sauf recours des cohéritiers contre celui qui a fait encourir la peine. Et pour éviter ce circuit et en même temps rendre au créancier la poursuite plus facile, l'art. 1232 lui laisse l'alternative de poursuivre, ou le contrevenant pour le tout, ou les héritiers en raison de leurs parts respectives.

Au deuxième cas, lorsque l'objet de l'obligation principale est divisible, la peine n'est encourue que par celui des héritiers du débiteur qui y contrevient, et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation principale (art. 1233). Le § 2 du même article ajoute une modification à cette règle : l'obligation principale, divisible par son objet, est assimilée à l'obligation indivisible si la clause pénale a été ajoutée dans l'intention que le paiement ne pût se faire partiellement, en d'autres termes, si l'obligation, quoique divisible par elle-même, par sa nature, devient indivisible *solutione*, à cause de l'intention commune des parties. Ainsi l'enseignant Dumoulin et Pothier auxquels cette modification a été prise. Ces jurisconsultes ont en effet reconnu que la L. 3, § 4, D. XLV, 1, est formellement contraire à la distinction qu'ils font d'après la L. 4, D. *ead.*, entre l'obligation divisible et l'obligation indivisible, pour le cas de clause pénale, puisque cette L. 3, dans un cas où l'obligation est divisible, décide que la contravention d'un seul héritier fait retomber la peine sur tous. C'est pourquoi ils ont supposé que la L. 3 traite d'un paiement qui doit se faire en un certain lieu, par exemple à un marché où le stipulant lui-même destinait la somme à un emploi déterminé, de telle sorte que l'inexécution partielle devait équivaloir pour lui à l'inexécution complète. C'est ce qu'ils ont appelé l'indivisibilité *solutione*, qu'ils ont assimilée à l'indivisibilité par la nature de l'objet, comme nous le verrons plus loin en expliquant les articles 1221 à 1223 à la suite du chapitre *De l'obligation indivisible*.

Telles sont les dispositions du Code pour le cas où il y a plusieurs débiteurs. Quant à l'hypothèse de plusieurs créanciers, le Code ne renferme aucune disposition spéciale. Nous pouvons en conclure que si l'obligation principale a été exécutée à l'égard de

l'un des créanciers, ou à l'égard de l'un des héritiers du stipulant, le créancier seul envers lequel l'obligation n'a pas été exécutée aura le droit de poursuivre la peine à concurrence de la part qu'il a dans la créance. Cela résulte, tant du principe posé par l'article 1231 que des dispositions de l'article 1229, d'après lequel la peine ne doit être considérée que comme la compensation des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation. Par conséquent sous le Code on ne peut pas dire avec la L. 3, D. XLV, 1, qu'on ne s'enquiert pas de la question d'intérêt; (*quia hic non querimus cujus interest*); mais on doit décider la question comme le droit romain la décide pour les dommages-intérêts, même dans les stipulations qui sont conventionnelles. Le créancier à l'égard duquel la stipulation principale a été exécutée n'a pas d'intérêt, il n'a pas été lésé, donc il n'a pas d'action : *haec utilitatis causâ ex parte stipulatorum recepta sunt*, dit Paul à la L. 4, D. XLV, 1, et cette décision doit encore être maintenue aujourd'hui.

D'après ce que nous venons de voir, c'est l'opinion de Caton adoptée d'ailleurs par Pothier, qui a prévalu dans le Code sur celle de Paul, pour l'hypothèse où le débiteur sous clause pénale laisse plusieurs héritiers dont un seulement n'exécute pas l'obligation. Mais en mettant dans le second paragraphe de l'art. 1253, l'obligation qui est indivisible *solutione* sur la même ligne que l'obligation indivisible par sa nature, le législateur français a corrigé le vice principal de la distinction admise par Caton. La critique que Paul en a faite, reste cependant fondée en principe et mérite encore de fixer notre attention. D'abord il est à remarquer qu'alors qu'il s'agit de plusieurs débiteurs, Paul ne mentionne qu'une seule stipulation indivisible de sa nature à laquelle la règle donnée par Caton soit inapplicable, c'est la promesse de ratification. Cette promesse est certainement indivisible quand il s'agit d'un seul promettant, car on ne peut pas ratifier un acte en partie; mais quand le promettant laisse plusieurs héritiers, il est évident que les uns peuvent ratifier et les autres refuser de le faire; et cette observation de Paul reste applicable à l'article 1252 et doit en modifier l'application. Elle le peut d'ailleurs sans faire violence au texte; car

on peut soutenir que la promesse *de rato habendo* n'est pas indivisible entre héritiers, que par conséquent elle rentre dans les cas prévus par l'article 1253.

Cette remarque faite, je pense que l'article 1252 est irréprochable, et après avoir bien pesé la critique qu'en fait M. Marcadé je crois que cet auteur est allé trop loin lorsqu'il se demande comment la peine, même dans une dette indivisible, peut être due par tous pour la contravention d'un seul. Lorsque l'obligation est indivisible, la contravention d'un seul des héritiers du promettant équivaut pour le créancier à la contravention de tous, et par cela les dispositions de l'article 1252 nous paraissent justifiées.

Quant à l'article 1253, Marcadé fait une observation, qui sans mettre cet article en défaut, est cependant digne d'attention. Malgré la divisibilité de l'obligation, il y a des cas, dit-il, où l'équité exigerait que celui des débiteurs qui a laissé l'obligation inexécutée fût tenu de toute la peine, et non pas seulement d'une partie; c'est ce qu'il fait sentir dans l'exemple d'une obligation qui est divisible en soi, mais où la contravention d'un seul débiteur rend pour le codébiteur toute exécution, même partielle, impossible. Pierre s'est engagé à livrer à Paul 10 pièces de vin qu'il a dans sa cave, sous peine de 600 francs en cas de non-exécution. Il meurt et laisse deux héritiers, A et B. A vend et livre les 10 pièces à un tiers. Certes ici l'obligation principale est parfaitement divisible; donc d'après l'article 1253, A ne sera tenu que de la moitié de la peine, et B d'après les principes généraux est censé avoir exécuté l'obligation, puisque, sans qu'il y ait de sa faute, l'exécution lui est devenue impossible; donc il n'a pu encourir aucune peine. Telles sont les conséquences auxquelles conduirait la lettre de l'article 1253; mais Marcadé ajoute lui-même que les autres 300 francs pourront être réclamés de A en vertu de l'article 1382; et par conséquent, dans l'espèce même citée par Marcadé, l'article 1253 ne conduit pas à des conséquences que l'équité doive désavouer.

Pour donner enfin la solution théorique de la question qui nous occupe, il nous semble qu'en équité tout se réduit à ce principe : l'inexécution de la part d'un seul équivaut-elle ou non à l'inexécu-

tion de la part de tous? Dans l'affirmative, et c'est le cas qui se présente dans la plupart des obligations d'une chose indivisible, dans celles qui sont indivisibles entre plusieurs héritiers et dans celles qui sont indivisibles *solutione*, dans l'affirmative, disons-nous, tous les débiteurs sont tenus de la peine. Dans la négative, c'est-à-dire dans les obligations divisibles par leur objet et divisibles *solutione*, ceux-là seulement qui n'auront pas exécuté seront tenus, et chacun le sera pour sa part. Tel est, croyons-nous, le sens des articles 1229, 1252, 1253 combinés.

169. Nous avons plus haut distingué l'obligation avec clause pénale de l'obligation facultative; il nous reste à montrer la différence qui existe en droit romain entre l'obligation pénale et la clause qu'on appelle *mulcta poenitentialis*.

Dans l'obligation pénale, lorsque la peine est encourue, le créancier peut choisir entre l'exécution de l'obligation principale et la peine; la clause pénale est essentiellement ajoutée dans l'intérêt du créancier, elle le dispense de prouver le montant des dommages et intérêts, et comme elle peut même dépasser ce montant, elle stimule le débiteur à exécuter l'obligation. Dans l'obligation facultative au contraire, la clause que le débiteur pourra, s'il l'aime mieux, donner telle chose pour telle autre qui est l'objet du principal engagement, est, comme nous l'avons vu, essentiellement ajoutée dans l'intérêt du débiteur. Il en est de même d'une autre clause qu'on ne peut confondre ni avec la peine ni avec l'obligation facultative, de la *mulcta poenitentialis*, par laquelle celui qui a pris un engagement se réserve la faculté de se dédire et de se dégager du lien obligatoire moyennant un sacrifice. Cette clause est originaire du droit germanique; le nom même est inconnu en droit romain. Elle peut intervenir dans les contrats synallagmatiques comme dans les contrats unilatéraux, elle rend précaire le droit d'obligation et n'est ajoutée que dans l'intérêt du promettant. Elle est donc en tout contraire à l'obligation pénale, qui a pour cause l'intérêt du créancier et pour but de confirmer l'obligation.

Et cependant les deux clauses ont été fréquemment confondues entre elles. Ainsi il y a des auteurs qui transportant dans le droit romain la décision de quelques statuts locaux d'Allemagne, ont

prétendu que la clause pénale ajoutée à une vente, avait pour effet d'autoriser les parties contractantes à se dédire moyennant le paiement de la peine. D'autres ont prétendu que la clause pénale ajoutée à un contrat quelconque avait en général pour effet d'autoriser les contractants à se départir du contrat, à moins que le contraire n'eût été expressément stipulé, et ils ont invoqué à l'appui de ce système la L. 44, § 6, D. XLIV, 7, dont voici l'espèce : J'ai stipulé la construction d'un vaisseau, et, pour le cas où le promettant n'accomplirait pas sa promesse, cent livres d'or : il faut examiner, dit Paul, s'il y a dans cette proposition deux stipulations, dont l'une (*vous me construirez un vaisseau*) serait pure et simple, et l'autre (*vous me payerez cent si vous ne le construisez pas*), conditionnelle; ou bien s'il ne faut y voir qu'une seule stipulation, et admettre que la deuxième a remplacé la première comme par une espèce de novation. Et c'est pour la seconde décision que le jurisconsulte se prononce : *Sed si navem fieri stipulatus sum, et, si non feceris, centum : videndum utrum duae stipulationes sint, pura, et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem; an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat? Quod magis verum est.*

Il résulte de cette loi, dit-on, que la seconde obligation, en cas d'inexécution de la première, éteint celle-ci; en d'autres termes, que le créancier ne peut poursuivre que les 100, et que le débiteur peut toujours en les payant, se dédire de l'obligation principale; d'où l'on conclut que la clause pénale a tous les caractères de la *multa poenitentialis*, ou d'un véritable dédit.

Ce raisonnement est inattaquable; mais il n'a qu'une valeur historique. Certainement la clause pénale présente, dans la décision de Paul, les caractères qu'on lui attribue, mais vouloir les étendre à toute clause pénale en général, ce serait se mettre en contradiction avec une foule de lois du Digeste, ce serait d'ailleurs violer ouvertement la L. 8, C. VIII, 42, qui, abrogeant à cet égard l'ancien droit, statue qu'aucune novation ne pourra désormais s'établir par présomption. La L. 44 n'a, comme nous allons le voir, qu'un caractère historique, si ce n'est même par inadvertance qu'elle a été insérée dans le Digeste; les motifs sur lesquels elle repose n'existent plus dans le droit de Justinien.

170. Ce fut le caractère dominant du *strictum jus*, c'est-à-dire de l'ancien droit civil, de ne rien abandonner à l'arbitraire du juge. De là la rigueur de la loi qui assujettissait le consentement à une forme précise, non équivoque : la stipulation. Rien n'y dépendait de l'intention présumée des parties, mais tout devait se décider d'après le sens de leurs paroles. D'autre part, la stipulation ne pouvait avoir pour objet qu'une chose certaine, déterminée, dont la valeur objective laissât peu de latitude à l'estimation du juge. Même dans le principe, la stipulation ne pouvait embrasser qu'une *certa pecunia*, c'est-à-dire une chose ayant elle-même la mesure de sa valeur; et longtemps même la stipulation d'un *facere* ou d'un *non facere* fut inutile, s'il n'y était ajouté la stipulation d'une peine pour le cas de non-exécution. A cette extension successive de la stipulation dans le droit ancien, correspondent trois actions qui sont nées de la stipulation, et que le droit romain distinguait sous des noms différents, à savoir : la *condictio certi* ou *certainae pecuniae*, la *condictio triticiaria*, et la *condictio incerti*.

Quand il s'agissait d'un *facere*, d'un *incertum*, la clause pénale pouvait rendre valable une stipulation qui sans celle-ci n'aurait pas été déterminée, aurait été inutile. Elle y avait donc le même effet que dans les stipulations pour un tiers, où elle créait l'intérêt pour le stipulant; et c'est à cause de cette fonction spéciale de la clause pénale dans la stipulation d'un *facere*, que la L. 44, § 6, décide que dans cette stipulation accompagnée de clause pénale, il n'y a qu'une seule obligation, la clause pénale renfermant l'obligation principale *quasi novatione*. Il n'y a qu'une seule obligation : — en effet la première obligation manque des conditions requises par le droit strict des stipulations pour être valable; — et la seconde prend la place de la première *quasi novatione*, parce que, comme la première est inutile *jure civili*, n'ayant pour sanction que la bonne foi du promettant, sans produire seulement les effets de l'obligation naturelle proprement dite, il n'y a pas non plus novation proprement dite, mais seulement quasi-novation.

De la décision de Paul ainsi comprise, résulte nécessairement que dans les stipulations d'un *incertum* ou d'un *facere*, le créancier qui avait stipulé une peine ne pouvait poursuivre que la

peine, et que par conséquent il dépendait du débiteur de ne pas exécuter l'obligation, en payant la peine; mais il en était ainsi, non pas parce que la clause pénale avait un caractère pénitentiel, mais parce que dans l'ancien droit la stipulation d'un *facere* ne donnait pas par elle-même d'action. Dans les stipulations d'un *certum* au contraire, et dans les contrats *juris gentium*, l'obligation principale existait par elle-même, et le contrat avec clause pénale faisait naître deux actions : celle de la stipulation principale et celle de la stipulation pénale, de telle sorte que le créancier avait le choix entre l'une et l'autre. Et comme nous l'avons vu, il pouvait, dans les contrats de bonne foi, si la peine déjà obtenue ne l'indemnifiait pas pleinement, intenter en outre l'*actio ex bonae fidei contractu*, pour obtenir le supplément de ses dommages-intérêts (1).

Toutefois ce que nous venons de dire, d'après la L. 44, D. XLIV, 7, des stipulations d'un *facere*, cesse d'être vrai dans le système des lois de Justinien (2), d'abord pour ce motif que les stipulations mêmes d'un *incertum* y sont considérées comme valables par elles-mêmes, quoique Justinien conseille encore d'y ajouter une clause pénale. En effet, outre la *condictio certi* pour la stipulation d'une somme d'argent ou d'une *quantitas*, on a la *condictio triticiaria* pour la stipulation d'un corps certain, et la *condictio incerti* pour la stipulation d'un *incertum*, d'un *facere*, d'un *genus*, d'une alternative. Cela cesse d'être vrai pour un deuxième motif : Justinien par la L. 8, C. VIII, 42, a voulu que la novation ne pût s'établir par présomption; par conséquent on ne peut plus présumer que la deuxième stipulation ait pris la place de la première *quasi novatione*.

En droit romain, la clause pénale ne peut donc avoir *ipso jure* le caractère pénitentiel; elle ne peut l'avoir qu'en vertu d'une clause formelle, bien que quelques statuts locaux d'Allemagne lui attribuent ce caractère de plein droit.

171. S'il est indispensable de distinguer, comme nous venons

(1) V. L. 115 et L. 122, § 2, D. XLV, 1; — L. 8, D. XIX, 1; — L. 41 et 42, D. XVII, 2.

(2) V. DONEL., *Com. Jur. Civ.*, L. 13, C. 2 (p. 754-6, édit. 1826).

de le faire, la clause pénale de la *multa poenitentialis*, ou du dédit, il n'est pas moins utile de ne pas confondre le dédit avec l'obligation facultative. La perception des droits d'enregistrement rend cette distinction importante en droit français.

L'obligation facultative est celle qui a pour objet une chose déterminée, mais avec la faculté pour le débiteur d'en payer une autre à sa place. Une chose est due dès le moment du contrat; celle que le débiteur se réserve la faculté de payer au lieu de la première, n'est point due, elle n'est pas *in obligatione*, elle n'est que *in facultate solutionis*.

Il en est autrement de la clause de dédit. « Elle diffère de l'obligation facultative, disent MM. Rigaud et Championnière (1), en ce qu'en payant le dédit, le débiteur n'acquiesce pas l'engagement principal, mais au contraire, fait en sorte qu'il n'a jamais existé. En réalité, il n'y a pas ici la promesse d'une chose en paiement de laquelle on se réserve la faculté de donner une somme d'argent, mais bien un contrat dans lequel on stipule le droit de ne pas exécuter, c'est-à-dire de se soustraire à l'obligation même qui le constitue, en payant une somme déterminée. » Et ces auteurs citent la L. 44, § 3, D. XLIV, 7, à laquelle nous ajouterons la L. 83, § 6, D. XLIV, 7, dont il a déjà été question plus haut.

Ce que nous venons de dire de la clause pénale et du dédit nous amène naturellement à parler des arrhes qui ne sont, comme nous allons le voir, qu'un dédit réciproque, tacitement convenu entre la partie qui donne les arrhes et celle qui les reçoit.

(1) Traité des droits d'Enregistrement, T. III, n° 2066.

CHAPITRE XIII.

DES ARRHES.

Sommaire.

172. Qu'appelle-t-on *arrhes*. — Controverse sur la question de savoir quels sont les effets de la dation d'arrhes.
173. Exposé du système défendu par Vinnius, et dans lequel les arrhes sont considérées comme un *argumentum* de la vente, et en général ne laissent pas aux parties la faculté de se dédire.
174. Critique de ce système. — L'exécution de l'obligation ne peut être obtenue forcément lorsque des arrhes ont été données.
175. Suite. — Explication du Pr. Inst. III, 23 (24). — Les arrhes après avoir été très-probablement le signe extérieur du consentement nécessaire à la consommation du contrat, sont devenues un simple *argumentum venditionis*, et ont enfin acquis sous Justinien le caractère d'un dédit.
176. Suite.
177. Résumé du système des arrhes dans la législation de Justinien.
178. Le même système a passé dans le Code civil qui rejette la distinction admise par Pothier, et attribue toujours aux arrhes le caractère pénitentiel.
179. Comment se fait la restitution du double.
180. Les arrhes, le denier à Dieu, le pot de vin et le délit, ensemble comparés.
181. Ce qui est donné à l'occasion d'une promesse unilatérale de vente ne peut être considéré comme arrhes. C'est un simple dédit qui n'oblige à rien celui à qui la dation est faite.
182. Obligations qui, par rapport à la chose donnée, incombent à celui qui l'a donnée, et à celui qui l'a reçue.

172. Il existe sur la nature et les effets des arrhes deux systèmes opposés qu'il importe de bien connaître. Les auteurs admettent tous que les arrhes sont un accessoire d'une convention, qu'elles consistent dans la livraison d'une somme d'argent ou de toute autre chose déterminée; mais quand il s'agit d'en préciser les effets, ils

se partagent en deux camps. Ils reconnaissent qu'une clause tacite s'attache au fait de donner des arrhes, ils se divisent quand il faut déterminer la nature et les effets de cette clause; et la controverse qui avait déjà surgi sur ce point entre les premiers interprètes des lois romaines, a continué de nos jours parmi les commentateurs du Code civil.

Avant de faire l'exposé de ces deux systèmes, nous devons faire remarquer que si dans la L. 3, C. IV, 49, il est parlé d'un *arrhale pactum*, ce n'est pas à dire que ce qu'on est convenu d'appeler arrhes, puisse consister dans une simple promesse; ces expressions n'ont point cette signification, elles indiquent le pacte qui est tacitement renfermé dans le fait de la livraison; elles désignent l'effet pour la cause, la clause résultant des arrhes, pour les arrhes mêmes.

173. Selon les uns, le pacte tacite renfermé dans la dation qui accompagne le contrat n'a qu'un caractère confirmatoire de la convention, à moins que le contraire n'ait été expressément convenu. C'est le système adopté par Vinnius, par Pothier, par Mühlenbruch. Voyons-le dans son ensemble.

Les arrhes données sont, d'après ces auteurs, un signe, un *argumentum* de la convention; elles n'ont pas pour effet de laisser aux parties la faculté de se dédire (1), mais lors de l'exécution volontaire ou forcée de l'obligation, elles seront restituées, ou, si elles consistent en argent et qu'elles aient été données par l'acheteur, elles seront imputées sur le prix (2). Les arrhes n'ont un caractère pénitentiel, d'après Mühlenbruch, que lorsque telle est la convention des parties, lorsque la perte des arrhes a été stipulée comme peine contre celui qui n'exécute pas la convention dans le délai déterminé; et dans ce cas celui qui les a reçues doit restituer le double, s'il refuse d'exécuter, et celui qui les a livrées les perd, si c'est lui au contraire qui est en défaut. Il est deux cas cependant où cet auteur leur attribue un caractère pénitentiel, sans convention expresse des parties; c'est 1° lorsqu'elles ont été dou-

(1) Ils invoquent la L. 35, D. XVIII, 1, et la L. 2, C. IV, 45.

(2) L. 8, D. XVIII, 3.

nées au moment d'une convention qui ne produit pas d'action par elle-même, par exemple lors de fiançailles (1); et 2° lorsqu'elles l'ont été à l'occasion d'un contrat dont les parties étaient convenues à l'avance de passer un acte (*instrumentum*), en subordonnant le contrat même à l'accomplissement de cette formalité.

Enfin dans ce système les arrhes doivent être restituées dans trois cas :

1° Lorsque le contrat a été exécuté, et que les arrhes ont consisté en autre chose que de l'argent (2);

2° Lorsque le contrat a été dissous par mutuel consentement des parties avant toute exécution. — Remarquons que si une partie du prix avait été payée, s'il y avait eu exécution, ce contrat ne pourrait plus se résoudre *mutuo dissensu*, car d'après la L. 2, C. IV, 45, cette résolution ne peut avoir lieu que *re integra* : *Perfectam emptionem atque venditionem re integra tantum, pacto et consensu posse dissolvi constat*. Le motif en est que le pacte ajouté après coup peut bien produire une exception pour les deux parties, laquelle paralysera tout-à-fait le contrat non exécuté, mais que pour répéter ce qui a été donné en exécution d'un contrat, il faut une action que ce pacte seul ne donne pas : *Si vero partem pretii persolvisti, ad ea quae venditorem ex venditione oportet praestare, magis actionem, quam ad pretii quantitatem (repetendam) quam te dedisse significas, habes* (3). Ainsi lorsque le contrat a été dissous *mutuo consensu*, les arrhes peuvent être répétées par une *condictio sine causâ*, mais la partie du prix qui a été payée ne saurait l'être en vertu du seul consentement; il faudrait une stipulation. Il en résulte que les arrhes ne sont pas regardées comme exécution du contrat, mais seulement comme un simple accessoire; si elles étaient considérées comme exécution, le contrat après la *datio arrhae* ne pourrait plus être résolu *mutuo dissensu*; c'est pourquoi la L. 2, C. IV, 45, distingue expressément entre ce qui est livré à titre d'arrhes et ce qui est donné comme prix, en exécution du contrat.

(1) Dans les fiançailles l'usage à Rome était de donner une bague.

(2) L. 11, § 6, *in fine*, D. XIX, 1.

(3) L. 2, C. IV, 45.

Remarquons aussi que lorsque le contrat est résolu, non pas *mutuo dissensu*, mais par une clause résolutoire ajoutée au contrat même, les arrhes peuvent également être répétées, parce qu'un tel contrat est résolu par la volonté des parties. La résolution qui s'opère en vertu de la *lex commissoria*, fait pourtant exception. Dans ce cas le vendeur peut retenir les arrhes, parce que cette clause a un caractère pénal en ce qu'elle dépouille l'acheteur de tous les droits résultant du contrat, tout en maintenant les droits du vendeur qui seul peut se prévaloir de la résolution (1).

Enfin d'après ces auteurs, les arrhes doivent encore être restituées :

3° Lorsque le contrat ne peut plus recevoir son exécution; par exemple lorsque l'objet de l'obligation a péri par cas fortuit. Dans ce cas, celui qui a donné les arrhes peut les répéter, soit par l'*actio ex contractu*, soit par la *condictio sine causa* (2).

174. Cette théorie est incontestable dans les points que voici :

1° Au cas où le contrat a été volontairement exécuté, les arrhes sont restituées si elles consistent dans un objet mobilier, ou imputées sur le prix si elles consistent dans une somme d'argent;

2° Les arrhes sont restituées lorsque le contrat a été dissous par un consentement mutuel, ou par une clause résolutoire autre que la *lex commissoria*, ou lorsque l'obligation est éteinte.

Mais si la convention n'a été dissoute ou éteinte, ni par la volonté des parties, ni par quelque événement dont le débiteur ne répond pas, l'exécution de la convention peut-elle s'obtenir forcément, quoique des arrhes aient été données? En d'autres termes les arrhes ne conservent-elles pas aux parties le droit de se dédire, à celle qui les a données, en les perdant, à celle qui les a reçues, en restituant le double? C'est sur cette question que les auteurs sont divisés, et que nous ne pouvons admettre le système de Vinnius et de Pothier. La solution qu'elle doit recevoir dépend entièrement de l'interprétation de deux textes : la L. 17, C. IV, 21, et le Pr. Inst., III, 23. Nous nous attacherons surtout à l'examen du

(1) L. 6, D. XVIII, 3.

(2) L. 11, § 6, D. XIX, 1. — L. 2, C. IV, 45.

texte des Inst., parce qu'il présente en quelque sorte la matière dans son ensemble historique, quoique d'une manière très-sommaire.

173. Que les arrhes n'aient pas eu avant Justinien un caractère pénitentiel, c'est ce qui est prouvé par la constitution d'Antonin, insérée au Code (L. 1, C. IV, 54), et d'après laquelle la faculté de se dédire n'existe que pour le cas où elle a été stipulée : *si ea lege praedium vendidisti, ut nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emptrix arrhas perderet et dominium ad te pertineret : fides contractus servanda est*. Mais cela ne résulte pas nécessairement de la L. 33, D. XVIII, 1, ni du § 139, Liv. III, de Gaius, ni du Pr. Inst. III, 23, textes qui tous n'ont d'autre objet que de montrer que les arrhes ne sont pas une condition du contrat de vente, mais plutôt un signe que la vente est déjà parfaite : *quod saepe arrhae nomine pro emptione datur*, dit la L. 33, D. XVIII, 1, *non eo pertinet quasi sine arrha conventio nihil proficiat : sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio*.

De ce que les textes disent et répètent si souvent que les arrhes ne sont pas une condition essentielle de la vente. ne pourrait-on pas conclure que lorsque les formes de la *mancipatio* anciennement usitées, disparurent, la dation des arrhes fut considérée comme l'acte extérieur destiné à fixer d'une manière ostensible et non équivoque le consentement des parties, et à consommer ainsi le contrat ? Les textes que nous venons de citer ne renfermeraient-ils pas une allusion à ce premier pas qui a marqué la transition du droit quiritaire vers le *jus gentium*, vers le principe de la force obligatoire du consentement dépouillé de toute force symbolique ? De ce que les textes disent que les arrhes ne sont pas une condition de la vente (*non eo pertinet quasi sine arrha conventio nihil proficiat*), ne devons-nous pas conclure qu'il y avait une jurisprudence dans laquelle la convention seule ne constituait pas le contrat, l'obligation ? Cette négation si souvent répétée ne suppose-t-elle pas une affirmation ? Ce qui rend cette supposition très-probable, et presque certaine à nos yeux, ce sont les paroles de Justinien au Pr. Inst., III, 24 (*De empt. vend.*) : *Emptio et venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium*

numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit. Quelle serait l'utilité du dernier membre de cette phrase, si dans le droit ancien, que Justinien se plaît toujours à rappeler, il n'avait fallu un acte extérieur, soit le paiement du prix, soit la dation des arrhes, pour que le contrat fût parfait? Ni le prix, ni les arrhes, dit Justinien, ne sont exigés pour qu'il y ait vente, car ce qui est donné par forme d'arrhes est plutôt un signe que la vente est parfaite : *nam quod arrhae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae.* Et ainsi les arrhes ne sont plus qu'un *argumentum venditionis*, d'une condition qu'elles étaient dans l'ancien droit. Cependant au sujet de cette assertion que les arrhes ne sont qu'un *argumentum venditionis*, Justinien, qui par la L. 17, C. IV, 21, a déclaré non parfaite jusqu'à l'entière consommation de l'acte, la vente que les parties, en contractant, sont convenues de passer par écrit, devait faire ici une réserve; il devait nécessairement ajouter que les arrhes ne sont un *argumentum venditionis contractae*, que dans les ventes que les parties ne sont pas convenues de passer par écrit. Car elles qui doivent se passer par écrit ne sont parfaites qu'à la consommation de l'*instrumentum*, et jusqu'à ce moment les contractants peuvent s'en départir : et *poenitentiae locus est, et potest emtor vel venditor sine poenâ recedere ab emtione.* Ils peuvent se départir *sine poenâ*, à moins, ajoute le texte, que des arrhes n'aient été données : *Ita tamen impune eis recedere concedimus nisi, jam arrharum nomine aliquid fuerit datum.* Car lorsque les arrhes ont été données, que le contrat ait été passé par écrit ou qu'il ait été verbal, *sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est*, c'est-à-dire soit que le contrat ait été parfait ou imparfait, l'acheteur qui refuse de remplir le contrat, *qui recusat adimplere contractum*, perd ce qu'il a donné, et le vendeur qui refuse sera forcé de restituer le double, quoique d'ailleurs les parties ne soient convenues de rien en ce qui concerne les arrhes, *licet super arrhis nihil expressum est.*

Il résulte évidemment de ce texte que les arrhes ont acquis le caractère d'un dédit, c'est-à-dire d'un pacte tacite, *licet nihil expressum est*, en vertu duquel la partie qui refuse d'exécuter le contrat peut s'en départir en les payant. Car, d'après la décision expresse

du texte que nous venons d'analyser, tel est l'effet des arrhes lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées.

176. Vainement a-t-on dit, pour contester le caractère pénitentiel des arrhes, que ce que décide Justinien des arrhes qui sont perdues par l'acheteur ou doivent être restituées au double par le vendeur, ne s'applique qu'aux préliminaires de vente, d'où la distinction en arrhes données avant la perfection du contrat, et arrhes données après, distinction qu'on trouve chez Vinnius et chez Pothier (1); les mots *sive in scriptis, sive sine scriptis celebrata est*, repoussent cette distinction, et c'est ce que Vinnius et Pothier ont senti eux-mêmes; c'est pourquoi ils ont cherché à donner au texte une interprétation forcée et tout-à-fait inadmissible. D'abord les mots *celebrata est*, doivent signifier *celebrari coepta est*. Ensuite *adimplere contractum*, au lieu de signifier : remplir sa promesse, exécuter le contrat, doit avoir le sens de *perficere contractum*, parfaire le contrat, c'est-à-dire arrêter la convention, soit par un consentement définitif, soit par un acte écrit. Une interprétation qui a ainsi besoin pour concilier les textes, de dépouiller les mots de leur signification naturelle se condamne elle-même.

Si d'autre part Vinnius et Pothier invoquent en faveur de leur opinion la L. 17, C, IV, 21, il est à remarquer que ce texte ne décide point formellement la question, et que le faible argument qu'on en peut tirer s'évanouit devant cette considération que la constitution invoquée est de l'an 528, que partant le Pr. Inst. III, 25 (24), y est postérieur et a pu y déroger.

Pourquoi d'ailleurs repousser l'innovation introduite par Justinien? N'est-il pas vrai que dès qu'il était admis que la vente était parfaite par le seul consentement des parties, les arrhes avaient perdu entièrement leur importance et leur destination primitive, qui très-probablement avait été d'accomplir le contrat même?

Si l'on compare avec le droit de Justinien, le droit des anciennes coutumes, on voit que plusieurs d'entr'elles attribuaient aux arrhes ce caractère résolutoire que nous leur assignons. Grenier disait au

(1) VINNIUS, *ad Pr. Inst.* III, 23. — POTHIER, *Vente*, n° 508.

Tribunat qu'à cet égard les usages variaient. Dans l'ancien droit germanique, ce qui était donné au sujet du contrat avait pour effet de laisser aux contractants la faculté de se départir (1). Probablement qu'en Orient les arrhes avaient, elles aussi, ce caractère. Il résulte déjà d'une constitution d'Antonin, citée plus haut (2), que de son temps les parties, par stipulation expresse, attribuaient aux arrhes le caractère d'un vrai dédit réciproque. Il est probable que cette clause était d'un très-fréquent usage. Dès-lors Justinien n'avait-il pas des motifs puissants pour convertir en droit commun une stipulation qui était devenue générale, et n'était-il pas naturellement amené à attacher la présomption que les parties se sont réservé la faculté de se dédire, alors même qu'elles ne s'en sont par formellement expliquées : *licet super arrhis nihil fuerit expressum* ?

177. Après les explications que nous venons de donner, nous croyons pouvoir résumer le système des arrhes dans la législation de Justinien en ces trois propositions :

1° En cas d'exécution volontaire du contrat, les arrhes si elles ne peuvent être imputées sur le prix, c'est-à-dire si elles ne consistent pas dans une somme d'argent, sont restituées.

2° Les arrhes, quelle que soit la nature des choses données, sont restituées, A) lorsque le contrat se dissout par le dissentiment mutuel, B) lorsqu'il se résout en vertu d'une condition résolutoire autre que la *lex commissoria*, C) lorsque l'obligation principale est éteinte; lorsque, sans qu'il y ait faute de la part du débiteur, l'obligation ne peut plus s'exécuter.

3° Les arrhes sont gardées par celui qui les a reçues, lorsque celui qui les a données ne veut pas exécuter la convention. Elles sont restituées au double, lorsque celui qui les a reçues se refuse à l'exécution.

Qu'elles aient été données après ou avant le contrat, les arrhes ont donc toujours un caractère pénitentiel.

(1) Cf. MOEVI, *Comment. in Jus Lubecense Rostochii* (1646); — DREYER, *De diff. jur. rom. et germ. in arrhis emt.* (1747); — MITTERMAIER, *Droit commun germanique*, § 280 (en all.), 1833.

(2) L. 1, C. IV, 54.

178. Ce système est aussi celui consacré en droit français par les articles 1389 et 1390 du Code civil; mais ici encore les opinions sont partagées. M. Duvergier, et MM. Rigaud et Championnière sont les seuls jurisconsultes français qui attribuent aux arrhes sous le Code civil, les caractères que nous leur avons reconnu dans la législation de Justinien. Quelques développements seront donc nécessaires (1).

Dans l'ancienne jurisprudence, Cujas, Pothier, Weissembach et autres, distinguaient entre les arrhes données en cas de vente imparfaite, et celles qui étaient livrées en cas de vente parfaite; au dernier cas les arrhes n'étaient d'après eux que le signe de la perfection du contrat. Domat, Fachineus, Gomès, ont soutenu au contraire qu'il n'y avait pas de distinction à faire, que les arrhes donnaient toujours aux parties le droit de se dédire.

Dans les différentes coutumes de la France on remarquait la même diversité de système.

L'intention du législateur français a été de faire cesser cette controverse. Le Code après avoir dit à l'art. 1389, que la promesse bilatérale de vente vaut vente, ajoute à l'article suivant que si la promesse de vente a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir, celui qui les a données, en les perdant, celui qui les a reçues, en restituant le double. De ce que le Code ne fait mention des arrhes qu'à l'occasion de la promesse de vente, Delvincourt et Duranton concluent que les rédacteurs du Code, en suivant les errements de Pothier, ont maintenu la distinction entre les arrhes données à l'occasion d'une vente sous condition, suspensive, résolutoire ou potestative, et les arrhes accompagnant une vente pure et simple.

(1) On peut consulter sur la question qui nous occupe :

DONAT., Liv. 1, Tit. 2, sect. 6, n° 4; — FACHINEUS, *Contr. Jur.*, Liv. 11, contr. 28; — DEVERGIER, I, n° 135; — RIGAUD et CHAMPIONNIÈRE, *Traité des Droits d'Enregistrement*, T. III, n° 2054, qui tous reconnaissent aux arrhes un caractère pénitentiel.

Contra : POTHIER, *Vente*, n° 507; — MALREVILLE, sur l'art. 1590; — DURANTON, T. XVI, n° 53; — TROPLONG, *De la Vente*, I, n° 141; — DELVINCOURT, T. III, p. 124; — et arrêt de Colmar du 15 janvier 1813.

Delvincourt admet toutefois que dans le doute il faut supposer que les arrhes ont été données *imperfecto contractu*, et que les contractants peuvent se dédire en les perdant. M. Troplong, tout en reconnaissant que d'après le système des lois de Justinien les arrhes données conservaient aux parties la faculté de se dédire, même *perfecto contractu*, enseigne que dans notre droit moderne les arrhes données à l'occasion d'une vente parfaite ne sauraient légitimer un dédit, puisqu'il en résulterait que l'acheteur, devenu propriétaire, pourrait abdiquer son droit de propriété, et que le vendeur qui s'en est librement dépouillé, pourrait le recouvrer. — On se dédit d'un engagement, dit M. Troplong, on ne se dédit pas d'un droit de propriété. — Mais, répond M. Duvergier, puisque le droit de propriété se transmet par la volonté des parties, il peut par l'effet de cette volonté revenir à celui qui s'en est dépouillé. Nous ajouterons que l'argument de M. Troplong prouve trop, puisque, s'il était fondé, il tendrait à exclure toutes les conditions résolutoires, potestatives de la part de l'une des parties, le pacte tacite renfermé dans les arrhes n'étant autre chose qu'une condition résolutoire potestative, stipulée mutuellement par les deux parties, moyennant une peine payée à titre de dédit.

Mais c'est surtout dans les articles 1589 et 1590 que nous trouvons la condamnation des doctrines de Troplong, Duranton et Delvincourt. En présence de ces articles, il est impossible d'admettre aucune distinction entre les arrhes données dans un contrat parfait, et celles qu'on donne à l'occasion d'un contrat imparfait; car, puisque l'art. 1589 assimile la promesse bilatérale de vente à la vente, il est évident que ce que le Code dit des arrhes données lors d'une telle stipulation de vente, s'applique aussi à la vente même, en d'autres termes, qu'il a voulu abolir la distinction qu'admettaient Cujas, Vinnius et Pothier. C'est d'ailleurs ce qui résulte aussi des motifs de la loi. Grenier dans son discours au Tribunat disait : « La délivrance et la réception des arrhes déterminent le caractère et les effets de l'engagement, en le réduisant à une simple promesse de vendre dont on pourra se désister sous les conditions établies dans l'article 1590. » Ainsi d'après ce passage les arrhes font de la vente une promesse de vente, et d'après

l'art. 1589, la promesse de vente vaut vente. Dans l'un et l'autre cas il ne reste pas de place pour la distinction entre le contrat parfait et le contrat imparfait, et les arrhes ne peuvent avoir que le caractère d'un dédit.

Telle est la seule opinion qui nous paraisse conforme au texte et à l'esprit du Code. C'est aussi celle que Duvergier adopte dans son traité de la vente, n° 133 (1).

179. Lorsque celui qui a reçu les arrhes se départ du contrat, il doit restituer le double. Cette restitution ne présente pas de difficulté lorsque les arrhes consistent en une somme d'argent; elle n'en présente pas davantage si elles consistent en choses fongibles, denrées ou marchandises, la restitution du double se faisant alors en nature. Que si l'objet donné est un corps certain dont il est moins facile de trouver l'exact équivalent, le double consistera dans la valeur de la chose, qui devra être payée en même temps que se fera la restitution.

180. D'après ce qui précède, ce qui est donné à l'occasion d'une vente a le caractère d'arrhes et conserve aux parties le droit de se dédire, à moins qu'il ne soit prouvé que les parties ont eu l'intention de le donner en à-compte sur le prix. Telle est la règle. Cependant quelquefois la chose donnée à l'occasion d'un contrat de vente ou de louage, constitue, lorsqu'elle est fort minime, ce qu'on appelle le denier à Dieu, ou comme disent d'autres, le denier d'adieu (2). Le denier à Dieu, dans ses effets, a cela de commun avec les arrhes qu'il laisse aux parties la faculté de se dédire; mais il en diffère en ce que les parties ne conservent cette faculté que pendant un délai qui est déterminé par la convention, ou, à défaut, par la coutume, et qui n'est quelquefois que de vingt-quatre heures, tandis que dans les arrhes cette faculté subsiste depuis ce

(1) Il est utile de rapprocher de ce n° 133 le n° 137, où l'auteur expose les effets des arrhes données lors d'une vente d'objets mobiliers, dans laquelle les effets des arrhes se combinent avec la résolution que l'art. 1657 prononce, de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, si l'acheteur après le terme fixé pour le retraitement des objets mobiliers ne les a point retirés.

(2) Les Flamands l'appellent *Godspenning*.

contrat jusqu'au moment de l'exécution. Une seconde différence consiste en ce qu'il n'y a ni perte, ni restitution du double pour cello des parties qui se dédit; la partie qui a payé le denier à Dieu se dégage en redemandant le denier pendant les vingt-quatre heures, la partie qui l'a reçu, en le restituant dans le même délai. Une troisième différence enfin consiste en ce que le denier à Dieu, lorsque le contrat s'exécute, ne s'impute jamais sur le prix de vente, ou de location; il constitue une pure libéralité.

Les arrhes ont donc un caractère tout à la fois pénitentiel et pénal, le denier à Dieu le caractère de dédit et de libéralité.

Le pot de vin a un caractère de pure libéralité : c'est ce que l'acheteur ou l'entrepreneur donne gratuitement par-dessus le marché, qui ne reste pas moins définitif et irrévocable.

Ce qu'on appelle dans notre droit moderne dédit, n'est autre chose que la *multa poenitentialis* que nous avons comparée avec la clause pénale au n° 169. Le dédit est une somme que l'on promet pour le cas où l'on n'exécuterait pas la convention; il laisse à la partie qui fait la promesse et aux deux parties, si elles se font réciproquement la même promesse, la faculté d'exécuter ou de ne pas exécuter la convention. C'est ce que le dédit a de commun avec les arrhes; mais il en diffère en ce qu'au lieu d'une dation il n'y a qu'une promesse; donc il ne peut pas non plus être question de restitution du double. Les arrhes sont donc un dédit tacitement et réciproquement stipulé entre la partie qui les donne et celle qui les reçoit. Ce qui est donné à titre d'arrhes est la peine que s'impose chaque partie pour le cas où elle use du droit de se dédire.

181. Peut-on en droit français envisager comme arrhes ce qui est donné à l'occasion d'une promesse de vente unilatérale?

Lorsque l'art. 1589 dit que la promesse de vente vaut vente, cet article entend parler d'une promesse de vendre jointe à la promesse d'acheter, en d'autres termes, d'une promesse de vente synallagmatique, où les deux parties s'engagent réciproquement. C'est ce que résulte évidemment des termes de cet article, et notamment des mots *consentement réciproque des deux parties*, et tel est d'ailleurs le sentiment unanime des auteurs. Or l'article suivant, qui détermine l'objet des arrhes, ne se rapporte qu'à la promesse de

vente synallagmatique, c'est-à-dire à la promesse de vendre avec laquelle coucourt la promesse d'acheter.

Mais il peut arriver que le vendeur exprime seul l'intention de s'obliger envers l'acheteur, et que cette promesse de vente soit acceptée par ce dernier sans que de son côté il se soit obligé à acheter. Nous disons que cela peut arriver, car d'après l'avis des meilleurs auteurs, quoique l'art. 1589 ne parle que de la promesse de vente synallagmatique, les promesses unilatérales de vendre et d'acheter sont valables sous le Code, comme elles l'étaient dans l'ancienne jurisprudence (1).

Étant donc admise la validité de la promesse unilatérale de vente, quel serait l'effet de la dation d'une somme à l'occasion d'une pareille promesse? Reconnaîtra-t-on à cette promesse le caractère et l'effet des arrhes, tels que l'art. 1590 les déterminent? C'est impossible. Comme l'intention des parties fut de ne faire contracter aucun engagement, je ne dirai pas à l'acheteur, car d'acheteur il n'y a point, mais à celui qui a reçu la promesse, il serait impossible de comprendre comment il pourrait être tenu à restituer le double, à subir une peine pour se dédire d'un engagement qu'il n'a point contracté. Une somme ou une chose donnée en pareille circonstance par le vendeur ne saurait donc recevoir le nom d'arrhes avec l'effet y attaché par l'art. 1590; elle est un simple dédit par lequel le vendeur, qui seul a pris l'engagement, se réserve la faculté de se libérer en perdant ce qu'il a donné; et il en serait de même *vice-versa*, si une chose avait été donnée par l'acheteur lors d'une promesse unilatérale d'acheter, c'est-à-dire d'une promesse avec laquelle n'aurait pas concouru la promesse de vendre. L'acheteur, s'il refusait de livrer la chose alors que le vendeur consentirait à l'accepter, perdrait ce qu'il aurait donné. Le vendeur n'ayant pas été obligé ne saurait être tenu du double.

182. Par rapport aux choses mêmes qui sont données par forme

(1) Comparez Troplong, n° 113 et suiv. et surtout Duvignier, n° 122 et suiv., qui réfutent l'opinion contraire de Merlin et de Toullier, en s'appuyant sur ce principe fondamental en droit moderne, que les parties sont liées en règle générale par le seul consentement, et particulièrement sur les articles 1103 et 1121 du Code civ.

d'arrhes, celui qui les reçoit contracte l'obligation de les garder avec les soins d'un bon père de famille, sans qu'il soit responsable du cas fortuit, et celui qui les donne, est responsable de l'éviction. Cela résulte de ce que les arrhes sont données non pas à titre gratuit, mais dans l'intention de recevoir le double au cas où la partie adverse refuse d'exécuter, et de ce qu'enfin elles sont données dans l'intérêt des deux parties.

CHAPITRE XIV.

OBLIGATIONS QUI NAISSENT DE FAITS UNILATÉRAUX LICITES.

Sommaire.

183. La promesse non acceptée oblige dans trois cas : 1° Promesse de dot; 2° pollicitation proprement dite; 3° *rotum*.
184. Autres faits unilatéraux et licites d'où naissent des obligations. — Renvoi.

183. Nous avons vu plus haut (n° 48) que l'offre seule, ou la promesse non acceptée, ne produit pas l'obligation, ni en droit civil, ni en droit naturel. Néanmoins il y a quelques cas où par exception la promesse non acceptée oblige le promettant; c'est ce qui a lieu :

1° Quant il s'agit de la promesse de dot. — Cependant cet effet obligatoire n'est pas attaché à toute promesse de dot, mais seulement à celle d'une dot qui doit être constituée. La *pollicitatio dotis* a remplacé la *dotis dictio*, promesse moins solennelle, dégagée de la forme de la stipulation, mais cependant acceptée. De là il suit que la *pollicitatio dotis* n'est obligatoire que dans les cas où l'était autrefois la *dotis dictio*, c'est-à-dire lorsque la dot est promise par le père ou un ascendant paternel, ou par la femme

elle-même. Le père et les ascendants paternels étant obligés de constituer une dot, la simple pollicitation ne crée point, dans l'espèce, l'obligation même, puisque celle-ci existe en vertu de la loi, mais la pollicitation fixe le *quantum* de la dot et dans cette limite elle n'exige point d'acceptation pour être valable (1).

1° La seule promesse sans acceptation oblige encore lorsqu'elle est faite à l'État, à une municipalité, à une institution publique. Bien que toute promesse non acceptée s'appelle *pollicitatio* dans le sens général du mot, cependant celle qui est faite à l'État ou à une institution publique est la *pollicitatio* proprement dite. Elle forme l'objet du Liv. L, tit. 12, du Digeste. Pour que le promettant soit obligé, l'acceptation de sa promesse n'est pas nécessaire, mais il faut le concours de certaines conditions. La promesse doit être faite en personne et non par lettre ou par *nuncius* (2). Elle ne peut pas être faite *sine causâ*, comme la donation; il faut qu'elle ait une *causa*, soit que celle-ci consiste dans un honneur, dans une dignité qu'on a reçue ou qu'on s'attend à recevoir, soit que la promesse tende à indemniser l'État ou la cité de quelque perte ou de quelque désastre imprévu (3). Si la promesse a été faite *sine causâ*, elle ne devient valable que lorsqu'elle a reçu au moins un commencement d'exécution (4), et l'obligation qu'elle crée dans ce cas est moins stricte, car les enfants du promettant n'en sont tenus qu'à concurrence d'un dixième de la succession, les autres héritiers à concurrence d'un cinquième, et le promettant peut lui-même, s'il a éprouvé quelque revers de fortune, se libérer en abandonnant un cinquième de son patrimoine (5).

2° Enfin la promesse non acceptée est encore obligatoire lorsqu'elle constitue ce qu'on appelle *votum*, c'est-à-dire le vœu fait en l'honneur de la divinité ou du culte, et qui oblige le promettant et ses héritiers (6).

(1) L. 6, C. 8, 11. — TIGERSTROM, *Das roem. Dotatrecht* (Berlin, 1821), § 13 et 14. — GLUCK, *Pand.*, XXV, p. 165.

(2) L. 5, D. L, 12.

(3) L. 2, § 1; L. 4; L. 6, § 2; L. 12, § 1, D. L, 12.

(4) L. 1, § 2, 3; L. 3, D. L, 12.

(5) L. 6 et 9, D. L, 12.

(6) L. 2, D. L, 12.

Avec les sollicitations et les vœux, il ne faut pas confondre les promesses qui sont faites à des personnes déterminées ou indéterminées en vue d'une prestation future, par exemple, les récompenses à celui qui trouvera et restituera un objet perdu, ou à celui qui fera telle ou telle indication. Ces promesses doivent être jugées d'après les principes des contrats innommés; elles ne sont obligatoires que lorsque la prestation en vue de laquelle elles ont été faites, a eu lieu (1).

184. Il est un second ordre de faits ou actes unilatéraux et licites qui fondent des obligations. Ce sont la *negotiorum gestio*, l'administration de la tutelle, l'adoption de l'hérédité : il en sera traité ailleurs.

CHAPITRE XV.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DE FAITS UNILATÉRAUX ILLICITES.

Sommaire.

- 185. Dans leur sens le plus général les mots *injuria* et *culpa* désignent les deux conditions nécessaires pour qu'un dommage causé par le fait de l'homme entraîne l'obligation de le réparer.
- 186. Cas où il y a dommage sans *injuria*.
- 187. Cas où il y a dommage et *injuria*, sans *culpa*.
- 188. Par quelles actions se poursuit en général le dommage causé par un fait illicite, entre parties liées par des relations contractuelles ou quasi-contractuelles.
- 189. Par quelles actions se poursuit en général le dommage causé par un fait illicite, lorsqu'il a été commis en dehors des relations contractuelles. — Actions *doli*, *quod metus causâ*, *ex Lege Aquiliâ*.
- 190. Définition du dol et de la faute grave.

(1) L. 15, D. XIX, 5.

191. Le dol et la faute grave sont prestés dans tous les contrats de bonne foi. La clause que le dol ne sera pas presté est nulle. — L. 27, § 3, D. II, 14, expliquée.

192. Contrats dans lesquels on n'est tenu que du dol ou de la faute grave.

193. Suite. — Distinction à faire en ce qui concerne le mandataire.

183. S'il est vrai que le droit a pour objet de concilier la liberté de chacun avec la liberté de tous, il s'ensuit que nos actions ne sont soumises au droit qu'à la condition d'être libres de notre part, et de pouvoir porter atteinte aux droits ou à la liberté des autres. Non libre, l'action reste soumise à l'empire du hasard ou de la nécessité. Non contraire aux droits des tiers, l'action n'entre plus dans le domaine du droit, elle relève tout entière du for intérieur, et l'auteur n'en est responsable que devant Dieu qui seul sonde les consciences. Il en résulte que tout fait de l'homme présente à notre examen un double rapport.

Il a un premier rapport avec la liberté d'autrui, et suivant qu'il viole cette liberté ou non, il est illicite ou licite. Illicite, il constitue ce que les Romains appellent l'*injuria* dans le sens le plus général du mot : *generaliter injuria dicitur omne quod non jure fit* (1). L'*injuria* est l'élément du fait illicite que nous pouvons appeler objectif ou extérieur. Elle peut d'ailleurs consister dans une omission comme dans un fait positif; car l'omission devient une *injuria* dès qu'elle est en rapport avec un fait précédent qui avait établi entre l'omettant et la partie lésée des relations contractuelles. Omettre ce qu'on s'est obligé à faire, ou faire ce qu'on avait l'obligation de ne pas faire, voilà ce qui constitue l'*injuria* eu droit romain.

Il est un second rapport à envisager : celui du fait de l'homme avec la liberté de l'agent. Pour autant que ce fait est l'effet voulu et direct de sa liberté, il peut lui être imputé et le rend responsable. Effet non voulu et indirect de sa liberté, il lui est encore imputable, s'il a pu être prévu par lui et évité. C'est cette respon-

(1) Pr. Inst. IV, 4. — Dans un sens plus restreint *injuria* signifie injure, outrage personnel. L. 3, § 1, D. IX, 2.

sabilité que les jurisconsultes romains ont désignée du mot de *culpa*, pris dans son sens le plus général. Dans ce sens, la *culpa* comprend aussi le *dolus*, mais avec cette différence que lorsqu'on oppose à l'*injuria* commise avec intention, celle qui l'a été sans intention mais par une négligence ou une imprévoyance imputables, la première se désigne par le mot *dolus*, la seconde par les mots *culpa*, *negligentia*, *desidia*.

La *culpa* dans le sens général du mot, est l'élément du fait illicite que nous pouvons appeler subjectif ou intérieur. Quand l'*injuria* consiste dans un *facere*, la *culpa* consiste dans la possibilité de ne pas faire; quand l'*injuria* consiste dans une omission, la *culpa* consiste dans la possibilité de faire.

L'*injuria* et la *culpa* sont les deux conditions générales sans lesquelles le fait ou l'omission de l'homme ne saurait être illicite ni donner lieu à aucune obligation. Le domaine de l'imputabilité peut varier d'étendue, suivant le génie des différentes législations, comme nous avons déjà pu voir en traitant des quasi-délits et en comparant le droit romain au droit français; la responsabilité d'une personne peut être plus ou moins étendue ou restreinte à raison de l'autorité et de la surveillance qu'elle exerce sur d'autres personnes, ou de la garde des choses qui lui sont confiées; mais quelles que soient les limites que la loi donne à cette responsabilité, dans toute législation la *culpa* doit concourir avec l'*injuria* pour que le dommage causé par le fait de l'homme entraîne l'obligation de le réparer.

186. Il résulte de ces principes que tout dommage causé à autrui, même volontairement, ne constitue pas une *injuria*. Il y a dommage sans *injuria*, et partant sans obligation de réparer :

1°) Lorsqu'un fait est posé en vertu d'un droit qu'on a soi-même : *qui suo jure utitur nemini facit injuriam*. Je creuse un puits dans mon fonds, il en résulte que la source du puits voisin est tarie : il y a là dommage résultant de mon fait, mais j'ai usé de mon droit, car j'ai droit sur les eaux qui sont renfermées dans

(¹) V. L. 5, §§ 1, 2, D. IX, 2, — L. 9, § 3, D. IV, 4. — L. 13, D. XLIII, 16, etc.

mon fonds comme sur celles qui tombent du ciel; il n'y a donc dans mon fait ni *injuria*, ni obligation de réparer le dommage causé (1).

2°) Lorsque le fait est posé avec l'assentiment de la partie lésée : *volenti non fit injuria* (2).

3°) Lorsque frappant un agresseur, on a agi dans le cas de légitime défense : *damnum quod quis sua culpa sentit, sentire non videtur*. On peut repousser la force par la force, dit la L. 45, § 4, D. IX, 2, en y opposant une résistance proportionnée à l'attaque : *cum moderamine inculpatæ tutelæ*.

Le dommage causé lors de la légitime défense de la propriété ne constitue pas non plus une *injuria*. Celui qui pour arrêter un incendie démolit une maison attenante au moment où le feu va se communiquer à la sienne, ne commet pas d'*injuria* (1). Celui qui pour sauver ses marchandises d'un péril certain et imminent, jette à la mer celles d'autrui, ne commet pas d'*injuria*; mais comme ici le péril est le même pour chacun des chargeurs et que chacun d'eux se trouve dans la même position de légitime défense, il est juste que la perte des marchandises jetées soit répartie sur tous, et c'est sur ce principe que repose la *lex Rhodia de jactu*.

187. Tout fait dommageable, fût-il posé *sine jure*, fût-il une *injuria*, ne donne pas lieu aux dommages et intérêts. Pour qu'il soumette l'agent à l'obligation de réparer le dommage, il faut, comme nous l'avons dit, que ce fait lui soit imputable, il faut que celui-ci, directement ou indirectement, en soit l'auteur, il faut en un mot qu'il se trouve avec l'agent dans un rapport de liberté, rapport qui constitue la *culpa*.

1° Le fait dommageable ne peut être imputé, lorsque ce fait ne se trouve pas dans un rapport contingent avec la liberté de la personne à laquelle on prétend l'imputer. En droit romain il est de principe qu'on ne répond pas du fait d'autrui; et ce principe ne souffre que quelques rares exceptions : les *nautæ*, *caupones*, *stabu-*

(1) L. 24, § 12, D. XXXIX, 2.

(2) L. 46, § 8; L. 48, § 2, D. XLVII, 2. — L. 1, § 3, D. XLVII, 10.

(3) L. 49, § 1, D. IX, 2.

larici répondent du vol et du dommage causé aux effets qui leur sont confiés; le principal habitant d'une maison répond du dommage causé aux passants par des choses jetées ou versées sur la voie publique. Mais le tuteur du pupille, le curateur du furieux ne répondent pas du dommage causé par les personnes soumises à leur surveillance, à moins qu'on ne prouve que le dommage a été commis dans des circonstances telles qu'ils auraient pu l'empêcher (1). On ne répond pas non plus du dommage causé par les animaux qu'on a en sa possession, à moins qu'il n'y ait un rapport contingent, par exemple qu'on ne les ait mal dirigés. Il en est de même des choses qu'on a sous sa garde.

2° Il ne suffit pas qu'il y ait un rapport contingent entre le dommage, l'*injuria*, et la personne à laquelle on l'impute, il faut en outre que l'agent puisse être déclaré responsable, il faut qu'il soit censé avoir l'intelligence de ce qu'il fait. Ainsi les enfants tant qu'ils n'ont pas l'intelligence de ce qu'ils font, les furieux, ne répondent pas des dommages par eux causés (Cpr. n° 8).

3° Il ne suffit pas qu'il y ait *injuria*, rapport contingent, que l'agent puisse être déclaré responsable, et ait l'intelligence de ce qu'il fait; il faut que l'événement, s'il est involontaire, ait pu être prévu et évité (2).

4° Il faut pour qu'il y ait *culpa*, que l'auteur du fait n'ait pas agi en vertu d'un ordre légitime. Ainsi celui qui obéit à une ordonnance du juge ne porte pas la responsabilité juridique de son action (3).

5° Il faut que sa volonté n'ait pas été violente par une force supérieure (4).

188. Maintenant que nous connaissons les conditions requises pour que la réparation d'un dommage puisse être poursuivie, examinons comment se fait cette poursuite.

Pour déterminer les actions qui tendent à la réparation d'un

(1) L. 109, L. 50, D. L. 17.

(2) L. 30, § 2, D. IX, 2. — L. 50, D. L. 17.

(3) L. 167, § 1, D. L. 17.

(4) L. 7, § 2, D. IX, 2.

dommage illicite, il faut distinguer avant tout si le dommage a été causé à l'occasion de relations contractuelles ou quasi-contractuelles qui existaient déjà entre les parties, ou bien s'il a eu lieu en dehors de ces relations. Au premier cas, le dommage se poursuit, en règle générale, au moyen des actions nées du contrat. Ainsi le dol commis par une des parties liées par des rapports contractuels, se poursuit par l'action du contrat, lorsque l'action est de bonne foi. Il en résulte que l'héritier de la personne qui a pratiqué le dol, en sera tenu *in solidum*, tandis que si la partie lésée était réduite à l'*actio doli*, qui d'ailleurs n'est que subsidiaire, elle ne pourrait pas par celle-ci atteindre l'héritier. En dehors des relations contractuelles, il ne peut en effet être poursuivi que par l'*actio in factum*, c'est-à-dire au seul cas où il s'est enrichi par le dol de l'auteur. C'est par ce motif que la L. 132, § 3, D. L., 17, porte : *In contractibus quibus doli praestatio vel bona fides inest, heres in solidum tenetur*. L'un des communistes dégrade la chose commune : l'*actio ex lege Aquilia*, comme action pénale mixte, ne peut pas être intentée contre son héritier, mais l'action *communi dividundo* pourra l'être (L. 10, D. X, 31).

Il y a cependant des cas où l'action *ex contractu* ne pourra pas être intentée du chef d'un fait illicite commis dans les relations contractuelles. C'est ce qui a lieu lorsque le contrat est *stricti juris*; alors la partie lésée doit recourir aux exceptions ou aux actions qui naissent du dol ou de la violence. C'est ce qui a lieu encore lorsque le fait illicite fait naître une action pénale, outre l'action en réparation du dommage; lorsque, comme le dit Mühlenthal, l'*injuria* constitue dans son espèce un délit spécial, *si in propriam suam delicti speciem ac figuram cadit injuria*. D'après cela, la L. 42, D. XIX, 2, décide que le locataire qui a commis un vol sur l'esclave à lui donné en location, qui par exemple a vendu cet esclave, est soumis à l'*actio locati* et à l'*actio furti*. Pour autant que le vol entraîne simplement la réparation du dommage, l'*actio locati* peut être intentée à la place de la *condictio furtiva*, qui est *rei persecutoria*, c'est-à-dire qui a pour but la réparation civile; mais comme le vol entraîne en outre des pénalités qu'on poursuit par l'*actio furti*, et que le *judicium locati* ne sau-

rait avoir pour objet que les dommages-intérêts, il s'ensuit que l'*actio locati* concourt électivement avec la *condictio furtiva*, c'est-à-dire qu'elle peut être intentée au lieu de la *condictio*, mais qu'elle concourt cumulativement avec l'*actio furti*, parce que cette dernière a un objet spécial, la répression d'un délit (1).

189. Si le fait illicite a lieu en dehors des relations contractuelles ou quasi-contractuelles, c'est-à-dire si au lieu de se rattacher à une obligation déjà existante, il est lui seul la cause de l'obligation, *si ipsa injuria est obligationis effectrix*, il ne peut être question d'une action *ex contractu*; l'action que fera naître le fait illicite dépend entièrement du caractère interne et externe de ce fait. Cependant quelques actions générales méritent ici d'être mentionnées sous le rapport des réparations civiles.

Lorsque c'est dans l'acte de sa volonté même que le plaignant a été lésé, lorsque sa volonté s'est déterminée sous le coup du dol, de la violence, ou de la menace, il y a lieu à l'action du dol, à l'*actio quod metus causâ*, ou à l'action née du contrat, selon les circonstances. Comme nous l'avons vu, l'action du dol ne saurait être intentée qu'à défaut de toute autre action ou exception (L. 18, § 1, D. IV, 3). C'est pourquoi il n'y a jamais lieu à cette action, lorsque le dol, quoique *causam dans*, a été commis dans un contrat de bonne foi par l'un des contractants, parce que dans ce cas l'action de ce contrat peut toujours être intentée. C'est pourquoi aussi il n'y a jamais lieu à cette action, quoique le contrat soit *stricti juris*, si le contrat n'a pas encore reçu son exécution, parce qu'alors la partie lésée peut se défendre par l'exception tirée du dol, et tel est le motif pour lequel la L. 3, § 6, D. XLIV, 4, porte que si l'action du dol est temporaire, l'exception est cependant perpétuelle : *Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est; nam haec perpetuo competit : cum actor quidem in sua potesta habeat, quando utatur suo jure; is autem cum quo agitur, non habeat potestatem quando conveniatur*.

De ce texte plusieurs interprètes ont cru pouvoir déduire la

(1) V. MEULENBACH, *Doctr. Pand.*, § 140, notes 10 et 11.

règle : *quae ad agendum temporalia, eadem ad excipiendum perpetua sunt*; mais cette conséquence ne peut être tirée de la loi citée, parce qu'on ne saurait conclure du particulier au général. C'est à cause du caractère subsidiaire de l'*actio doli* en droit romain et à cause de la courte prescription des actions prétoriennes, qu'on a dû admettre pour l'exception une durée aussi longue que celle de l'action qu'elle tend à repousser, sans quoi celui qui aurait été lésé par le dol serait resté sans remède. Je suis lié par un contrat vicié de dol, le contrat existe *ipso jure*; si je l'exécute avant d'avoir connu le dol, je puis, lorsque le contrat est de bonne foi, en demander la rescision par l'action du contrat même; je puis s'il est *stricti juris*, après l'avoir exécuté, poursuivre la rescision par l'*actio doli*. Mais s'il n'est pas exécuté je n'ai pas d'action à l'effet de faire rescinder le contrat *stricti juris*, je n'ai que l'exception; si donc l'exception du dol se prescrivait ici par deux ans comme l'action du dol, il est évident qu'il suffirait que le contrat restât inexécuté pendant deux ans pour que l'exception fût prescrite, et que le contrat vicié de dol dût recevoir son exécution.

Or, c'est cette conséquence inique que la L. 5, § 6, D. XLIV, 4, a voulu proscrire en déclarant l'*exceptio doli* perpétuelle, c'est-à-dire, en lui donnant la même durée qu'à l'*actio ex contractu*, qui étant *juris civilis* est également perpétuelle, c'est-à-dire soumise seulement à la prescription trentenaire. — La décision de cette loi est donc spéciale, elle repose sur des motifs spéciaux, et par conséquent on ne saurait en tirer une conséquence générale, on ne saurait y fonder la règle : *quae ad agendum temporalia, ad excipiendum perpetua sunt*.

Tout fait illicite, pourvu que d'après les règles ci-dessus posées il soit imputable, donne lieu à l'action *ex lege Aquilia* lorsque l'agent a causé par ce fait, un dommage à une chose corporelle. Le fait donne lieu à l'action directe *ex lege Aquilia* lorsqu'il y a eu *damnum corpore corpori datum* (1). Il donne lieu à l'*actio utilis* lorsqu'il y a eu *damnum corpori datum* (2). Il donne lieu à l'*actio*

(1) L. 9, § 7, 81, D. IX, 2.

(2) L. 9, § 3; L. 11, § 1; L. 27, § 10; L. 29, § 5 et 7, D. IX, 2.

in factum lorsqu'il y a eu *damnum circa corpus datum, licet corpus illaesum permanserit* (1); par exemple, si un esclave a été mis en liberté par une compassion indiscrete. Cette action touche à l'*actio doli*, mais il n'y a pas dol, parce que comme nous le verrons bientôt, le dol est caractérisé par une mauvaise intention qui dans l'espèce n'existe point. Du reste, il importe peu pour l'action aquilienne que le fait ait été commis par dol ou par négligence, fût-ce par la négligence la plus légère (2). Mais la négligence se distingue du dol sous un autre rapport. La négligence et le dol commis par les deux parties se compensent, mais la compensation se fait autrement lorsqu'il y a dol des deux parties, autrement lorsqu'il y a faute. Au cas de dol, aucune des deux parties ne peut se prévaloir du contrat; au cas de faute, le dommage causé se compense bien, mais seulement en tant qu'il est de part et d'autre également considérable, et l'excédant subi d'une part se poursuit d'autre part (3).

Quand le fait illicite constitue un *delictum sui generis*, il entraîne outre la réparation, une peine privée du double, du triple, ou du quadruple; de là la division des actions en *rei persecutoriae* et en pénales. Quelquefois aussi l'*actio rei persecutoria* va au-delà du dommage et renferme une peine, et de là les actions mixtes, au nombre desquelles est l'action aquilienne. L'auteur du dommage doit en effet payer à la partie lésée la plus haute valeur de la chose dans la dernière année ou dans les derniers six mois, de telle sorte que si la chose détruite a été détériorée dans la dernière année, elle est estimée telle qu'elle était avant la détérioration.

Outre ces peines du double et du quadruple, qui sont des peines privées, le fait illicite peut encore donner lieu à des peines publiques; mais la question de savoir si l'action en poursuite des peines privées concourt avec celle en poursuite de la vindicte publique est controversée. Il faut admettre l'affirmative à cause

(1) § 10, Inst. IV, 3.

(2) L. 44, D. IX, 2.

(3) L. 36, D. IV, 3; — L. 10, D. XVI, 2.

de la L. 1, C. IX, 31, bien qu'il paraisse résulter de la L. 56, § 1, D. XLVII, 2, que du temps de Julien ce concours cumulatif n'était pas aussi généralement établi qu'il l'a été par les dispositions nouvelles de la L. 1, C. IX, 31.

190. D'après plusieurs auteurs, le dol est une injure commise sciemment et volontairement, la faute grave, une négligence, une ignorance dont personne ne se rend coupable : *non intelligere quod omnes intelligunt*, ou une négligence qu'on ne commet pas dans ses propres affaires (1). La faute grave consiste aussi dans la connaissance que l'acte qu'on pose, entraîne une *injuria*.

Cependant le dol considéré en soi implique outre la connaissance de l'*injuria*, une intention mauvaise, et c'est par cette intention qu'il diffère de la faute grave, qui n'implique que la connaissance de l'*injuria*, ou dans tous les cas la présomption de cette connaissance, d'après la définition : *non intelligere quod omnes intelligunt*. Il ne sera pas difficile d'établir par les textes les plus précis cette différence qui a souvent échappé aux auteurs. Un sequestre dépouille de ses fers un esclave qui devait être mis à la question, il viole sciemment la loi du dépôt, mais il le fait par pitié : il n'y a pas de dol, bien que le fait illicite ait été commis sciemment, car il n'y a pas d'intention mauvaise (L. 7, D. XVI, 3). Mais supposons que le même fait ait lieu en dehors des relations contractuelles, s'il n'y a pas intention de nuire, mais compassion intempestive, il y a lieu à l'*actio in factum*; si l'esclave a été délivré dans l'intention de nuire, il y a dol, et l'*actio doli* est ouverte (2). Le dol consiste donc dans l'injure commise sciemment et de mauvais propos; la faute grave dans une injure commise sciemment, mais sans mauvais propos, par exemple par une pitié intempestive, ou une négligence grave. L'intention est ce qui constitue le dol.

191. Partout où il s'agit de la prestation du dol dans les con-

(1) L. 213, § 2, D. L, 16.

(2) L. 7, § 7, D. IV, 3. — On peut comparer encore la L. 8, D. *cod.*, et la L. 8, § 10, D. XVII, 1.

trats de bonne foi, la faute grave est toujours comprise sous la dénomination du dol, car l'un et l'autre sont contraires à la bonne foi qui est de l'essence de ces contrats, d'où il suit qu'il n'y a pas de contrat de bonne foi où l'on ne soit tenu du dol et de la faute grave. Le donateur, qui par le seul contrat de donation ne s'engage à rien, qui n'est tenu ni de la garantie du chef des vices cachés qui affectent la chose, ni de celle de l'éviction, le donateur lui-même s'il sait que cette chose a des défauts cachés, et que ceux-ci portent préjudice au donataire, ou s'il sait que la chose ne lui appartient pas, sera tenu à cause de sa mauvaise foi. Supposons que le donataire soit évincé, qu'il ait fait des impenses dont le revendiquant ne soit pas obligé de lui tenir compte, il aura l'*actio doli* contre le donateur qui sciemment l'a exposé à toutes les pertes à résulter de l'éviction (1).

Non seulement il n'y a pas de contrat où l'on ne soit tenu du dol et de la faute grave, mais encore la clause qui porterait que l'une des parties ne sera pas tenue du dol, serait nulle comme contraire aux bonnes mœurs. *Illud non probabis*, dit la L. 1, § 7, D. XVI, 3, *dolum non esse praestandum si convenerit : nam haec conventio contra bonam fidem, contraque bonus mores est, et ideo nec sequenda est*. Ainsi on ne saurait renoncer d'avance à l'action du contrat qui naîtrait du dol de l'autre partie, de même qu'on ne saurait renoncer d'avance à l'*actio injuriarum* ou à l'action du vol. Ces pactes seraient nuls comme renfermant une clause honteuse, dit la L. 27, § 4, D. II, 14, mais d'après la même loi, si l'injure ou le vol a été commis, rien n'empêchera les parties de transiger, décision que la L. 34, D. *eod.* applique aussi au dol qui a été commis dans un contrat ou dans un quasi-contrat.

D'un autre côté, et d'après la même L. 27, § 3, bien qu'il soit vrai qu'on ne peut pas stipuler que le dol ne sera pas presté, cependant la clause par laquelle le déposant renoncera à l'*actio depositi*, serait valable. Dira-t-on ici que l'*actio depositi* ne pouvant être intentée que du chef d'un dol ou d'une faute grave assimilée au dol, cette clause implique par cela même renonciation au dol ?

(1) Voir L. 62, D. XXI, 1; L. 18, § 3, D. XXXIX, 5.

Il y a des jurisconsultes qui, pour lever toute apparence d'opposition entre la L. 27, D. II, 4, et la L. 34, D. *eod.*, ont voulu rapporter la L. 27 à un cas où la clause serait intervenue après que le dol eut déjà été commis; mais ce n'est là qu'une hypothèse que le texte ne justifie pas, et pour ce motif nous pensons avec d'autres auteurs que la L. 27 s'explique tout naturellement si on la met en rapport avec la L. 159, D. L, 17 ainsi conçue : *Expressa nocent, non expressa non nocent*. Appliquant cette règle à la L. 27 nous dirons : la renonciation à l'action résultant du dol n'est renfermée qu'implicitement dans la renonciation à l'*actio depositi*, donc la renonciation n'est pas de nul effet, comme elle le serait si elle portait directement. Renoncer à l'*actio depositi*, c'est moins renoncer au dommage qui pourra résulter du dol, qu'à la chose même. Le déposant qui renonce à l'*actio depositi*, laisse au dépositaire la faculté de lui restituer la chose s'il le veut, et cette faculté rend en quelque sorte le dol impossible; il est impossible d'abuser d'une chose qu'on peut regarder comme la sienne propre, et d'autre part, quant au déposant, on peut dire *volenti non fit injuria*. Donc, bien qu'il soit vrai de dire que celui qui renonce à l'*actio depositi*, renonce aussi à l'action du dol, il est cependant évident que la renonciation porte sur tous les droits résultant du dépôt, et par conséquent sur le droit de redemander la chose, et non spécialement sur l'action résultant du dol. C'est ce qu'a voulu dire Paul à la L. 27, et c'est pourquoi on peut appliquer ici la règle : *expressa nocent, non expressa non nocent*.

192. Pour déterminer quels sont les contractants qui ne sont tenus que du dol et de la faute grave, et de la part desquels la loi ne requiert aucune diligence spéciale, il existe d'abord une règle fondée sur l'équité. La partie qui ne retire aucune utilité du contrat n'est tenue que du dol ou de la faute grave, car l'équité exige que là où il n'y a pas d'avantages, il n'y ait pas de charges, et ce serait une charge que d'être tenu d'apporter aux affaires d'autrui des soins diligents, ou plus de soins qu'on n'a coutume d'en mettre à ses propres affaires. D'après cette règle énoncée à la L. 5, § 2, D. XIII, 6, qui avec la L. 25, D. L, 17, renferme presque toute la théorie sur cette matière, le dépositaire qui ne

s'est pas offert pour accepter le dépôt, n'est tenu que de la faute grave (1). Il en est de même du *commodo dans*. Ainsi lorsque la chose prêtée est affectée de vices qui en rendent l'usage préjudiciable, le *commodo dans* n'en est tenu que s'il a eu connaissance de ces vices (2). Au dépositaire se trouve assimilé celui qui sans aucun avantage pour lui, a reçu un objet en communication, en inspection : *quia prope depositum hac accedit*, dit la L. 17, § 2, D. XIX, 3.

Le mandataire qui ne retire aucune utilité du contrat, et qui accepte un mandat qui n'exige aucune habileté spéciale, n'est également tenu que de la faute grave, en vertu de la même règle. Mais sur ce point il y a controverse, et les textes paraissent opposés. Suivant les fragments du Digeste : L. 8, §§ 8, 9 et 10, et L. 29, D. XVII, 1, le mandataire n'est tenu que du dol ou de la faute grave; suivant les L. 13 et 21, C. IV, 35, il serait aussi tenu de la faute légère. Analysons ces textes.

193. Je vous donne mandat, dit la L. 8, D. XVII, 1, de m'acheter un esclave; vous ne l'achetez pas, *dolo*, parce que vous vous êtes laissé corrompre par un tiers qui l'a acheté, ou par faute grave, *lata culpa*, peut-être parce que vous avez simplement voulu vous montrer bienveillant envers un tiers, *aut gratia* : vous serez tenu de l'inexécution du mandat. Ou bien vous avez acheté l'esclave, continue le même texte, mais il a pris la fuite : vous serez tenu s'il y a dol; mais s'il n'y a ni dol ni faute de votre part, vous ne serez pas tenu, si ce n'est que vous me promettrez de me le restituer si vous parvenez à le reprendre ou à le recouvrer. Donc le mandataire, alors même qu'il y aurait faute de sa part, ne serait tenu de restituer l'esclave que s'il venait à le recouvrer; ce qui veut dire évidemment qu'il n'est tenu que du dol et de la faute grave, car il y aurait dol manifeste si le mandataire après avoir recouvré l'esclave ne le restituait pas (3). Puis la L. 10, D. *eod.*,

(1) L. 8, § 2; L. 17, § 3; L. 18, § 3; L. 22, D. XIII, 6. — Art. 1927, 1933, 1991 du Code civ.

(2) L. 18, § 3, D. XIII, 6.

(3) L. 8, § 9, D. XVII, 1.

comme pour résumer les décisions des textes précédents, dit formellement : *nihil enim amplius quam bonam fidem praestare, eum oportet qui procurat.* — A la L. 29, D. *eod.*, on se demande si la caution qui a payé le créancier sans lui opposer l'exception péremptoire qu'elle aurait pu lui opposer, peut exercer son recours contre le débiteur principal par l'*actio mandati contraria*, et la loi décide qu'elle le pourra, pourvu qu'elle ait ignoré les exceptions qu'elle aurait pu opposer. Il faudrait donc que la caution, qui est mandataire du débiteur principal, eût connu des exceptions qu'elle n'a pas opposées, c'est-à-dire, il faudrait qu'il y eût ou dol, ou faute très-grave de sa part, pour qu'elle fût responsable de cette omission; donc encore en vertu de ce texte, le mandataire n'est tenu que du dol ou de la faute grave.

Mais de quelle espèce de mandat s'agit-il dans ces textes ? Il est évident qu'il n'y est question que de mandats qui ne requièrent de la part du mandataire aucune habileté, aucune application spéciale, mandats qui s'exécutent toujours gratuitement, et dont l'acceptation ne constitue qu'un acte officieux ou un service d'ami. La raison de ces décisions du Digeste se trouve donc dans les espèces mêmes auxquelles ces lois sont applicables. C'est pourquoi nous n'hésitons pas à admettre la doctrine de Brunemann, qui dans son commentaire sur le Digeste, à la L. 10, D. XVII, 1, enseigne que ce n'est qu'au cas que nous venons de caractériser, que le mandataire est tenu seulement de la faute grave.

Cette seule observation suffirait déjà pour indiquer le rapport qui existe entre les lois du Digeste et celles du Code, mais pour que le rapprochement soit complet, il importe de remarquer avec Hugo qu'anciennement, lorsque le commerce était peu développé, le mandat salarié n'intervenait que dans des cas très-rares. Pendant longtemps le commerce se faisait par des esclaves : témoins les actions *institoria* et *exercitoria*, qui furent introduites pour le cas où le préposé de commerce était un esclave ou un fils de famille, et qui plus tard, lorsque les Romains employèrent pour préposés des personnes libres, furent aussi étendues aux mandataires. Or, c'est à ce dernier état de choses, où le mandat commercial, le mandat salarié est devenu la règle, que s'appliquent les lois du

Code, et c'est, comme nous venons de le montrer, au mandat gratuit que s'appliquent les lois du Digeste. Donc au moyen de la distinction bien fondée de Brunemann, toute opposition disparaît. C'est d'ailleurs la même distinction que le droit actuel a consacrée par l'art. 1992 du Code civil.

Enfin en vertu de la règle précitée, est tenu seulement de la faute grave le gérant d'affaires, s'il ne s'est chargé de la gestion qu'à défaut de tout autre, dans un moment d'urgence, et pour empêcher la distraction et la dilapidation des biens. Hors ce cas il est tenu de toute faute par un motif que nous verrons plus loin. — Le second paragraphe de l'article 1374 contient une distinction analogue.

CHAPITRE XVI.

DES DEGRÉS ET DE LA PRESTATION DE LA FAUTE.

Sommaire.

194. Objet du présent chapitre.
195. THÉORIE EXPOSÉE PAR MURLLENBUCH D'APRÈS HASSE. — Dans ce système il y a à distinguer : une *culpa lata*, une *culpa levis*, une *culpa levis in concreto*, tempérament de la *culpa levis*, et la *custodia*, entraînant une responsabilité au-delà de la *culpa levis*.
196. D'après cette théorie, le dommage dont on est déjà tenu en dehors de tout lien contractuel, serait soumis à une règle différente de la règle d'imputabilité dictée par le contrat, et serait autrement désigné.
197. Mais il ne faudrait pas distinguer la *culpa in faciendo* de la *culpa in omittendo*.
198. Règle de la prestation du *damnum corpore corpori datum*.
199. De la prestation du *damnum* dont on n'est tenu qu'en vertu du contrat : a) Dans les contrats qui obligent à un *dare* ou à la restitution d'une chose; — b) dans les contrats qui ont pour objet une gestion d'affaires; — c) dans les *negotia stricti juris*.
200. DE LA THÉORIE DES TROIS DEGRÉS DE LA FAUTE. — Pothier et Vinnius reconnaissent trois degrés de la faute : *culpa lata*, *levis*, *levissima*.

201. Réfutation de ce système.
202. Critique du système de Hasse. — Position de la question qui est l'objet de toute théorie de la prestation de la faute.
203. Examen de la différence établie par Hasse entre le *damnum corpori datum (culpa)* et le *damnum quod venit extrinsecus (diligentia)*.
204. Examen de la *culpa in concreto*. — Dire que la *rebus suis consueta diligentia* peut servir d'excuse alors qu'on ne se trouve pas dans une faute grave, c'est énoncer une règle dont les conséquences sont iniques. La *rebus suis consueta diligentia* n'est que la limite de la faute grave, car l'omission de cette diligence est le caractère le plus infaillible du dol.
205. Comme base de la théorie sur la prestation des fautes, il faut distinguer les soins qu'exige la conservation ou la garde de la chose, des soins qui ont pour objet les fruits ou profits qu'elle peut produire.
206. Signification du mot *diligentia*, 1° lorsqu'il est employé par opposition au mot *dolus*; — 2° lorsqu'il est opposé à la *culpa*.
207. Définition de la *custodia* lorsqu'elle est opposée à la *culpa* ou à la *diligentia*.
208. Résumé des explications qui précèdent. — Quels degrés de la faute il faut distinguer en droit romain.
209. Application à la L. 8, § 2, D. XIII, 6, et à la L. 23, D. L, 17.
210. Qui est tenu de la *culpa* et de la *rebus suis consueta diligentia*. — Explication de cette définition de Paul : *Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus*.
211. Qui est tenu de la *culpa* et de la *diligentia*.
212. Qui est tenu de la *culpa*, de la *diligentia* et de la *custodia*.
213. De la preuve en matière de prestation de la faute.
214. Du système consacré par le Code civil.

104. Nous aurons maintenant à examiner combien il faut distinguer de degrés de la faute, et quelle est dans chaque contrat l'étendue de la responsabilité des parties obligées. Comme ces questions ont profondément divisé les auteurs, et qu'après une étude approfondie les textes du droit romain, nous croyons devoir présenter une théorie qui s'écarte des opinions communément admises, nous sommes astreint à un examen d'autant plus complet de la législation romaine en cette matière. Nous exposerons d'abord la théorie proposée par Hasse et reproduite par Mühlenbruch dans son manuel, nous montrerons ce qu'elle a de vrai et ce qu'il faut

en rejeter, puis nous exposerons la théorie que nous croyons la seule conforme aux textes du droit romain, sagement interprétés.

193. SYSTÈME DE HASSE. — Si la faute grave consiste dans un dommage causé sciemment, ou par une faute contraire à la bonne foi, parce qu'on n'a pas mis à la direction des affaires des autres le soin qu'emploie le commun des hommes ou le soin qu'on donne communément à ses propres affaires, la faute légère, *levis culpa*, dit Mühlenbruch, est un dommage causé par imprudence, un dommage non prévu, et par conséquent non voulu, mais qu'on aurait pu prévoir si l'on avait employé la diligence d'un bon père de famille. La faute grave et la faute légère sont dans ce système les seuls degrés de la faute que le droit romain ait distingués.

Quelquefois cependant lorsqu'on est tenu de la faute légère, on peut se défendre contre l'imputation en montrant qu'on a été diligent au même degré qu'on a coutume de l'être dans ses propres affaires (*rebus suis consueta diligentia*). C'est ainsi que l'associé, bien qu'il soit tenu de la *culpa levis*, peut cependant s'excuser s'il a été diligent comme il l'est dans ses propres affaires. A l'associé sont assimilés les tuteurs et curateurs, et le mari comme administrateur des biens dotaux. Cette *rebus suis consueta diligentia* ne serait cependant admissible comme exception ou excuse, que dans les cas où celui qui l'invoque ne se trouverait pas dans une faute grave par elle-même, c'est-à-dire dans la faute grave qui a pour limite, comme le dit la L. 225, D. L, 16, le *non intelligere quod omnes intelligunt*.

Outre ce tempérament dont serait susceptible la faute légère et auquel Hasse (1), l'auteur de ce système, a donné le nom de *culpa in concreto*, degré intermédiaire entre la *culpa lata* et la *culpa levis*, il faut encore distinguer la *custodia*, ou la surveillance extraordinaire résultant de certains contrats. Dans le sens ordinaire du mot, *custodia* ne signifie autre chose que garde, surveillance, et est une partie de la *diligentia* imposée à celui qui est tenu de toute faute grave; mais dans le sens spécial dont il s'agit ici, *custodia* se

(1) J.-C. HASSE, *Die culpa des röm. Rechts*. Kiel, 1815. — M. D'HAUTMILLE a donné un court exposé de ce système. V. *Revue des revues de Droit*, T. I (1848), p. 24 à 34.

rapporte à la surveillance extraordinairement requise pour se préserver des dommages qui peuvent arriver même à de bons pères de famille : par exemple, le vol non commis à main armée. C'est ainsi qu'à la L. 1, § 33, D. XVI, 3, le mot *custodia* placé après le mot *culpa*, indique cette prestation extraordinaire qui dépasse la prestation de la *culpa*, puisqu'elle rend responsable du vol commis sans qu'il y ait eu faute de la part du détenteur (1).

Ainsi d'après ce système, la *culpa lata* et la *culpa levis* sont les seuls degrés de la faute que le droit romain ait admis, sauf la *culpa levis in concreto*, qui est moins un degré de la faute, qu'une exception introduite dans le but de tempérer dans quelques cas ce que la responsabilité de la faute légère peut avoir de rigoureux, et sauf la *custodia*, c'est-à-dire la responsabilité de certains vols. Le vol qui est commis sans force ouverte, et qu'aucune faute n'a amené, est considéré comme une espèce de cas fortuit ou de *casus minor* que la loi dans quelques circonstances extraordinaires met à charge de l'une des parties contractantes, à charge, par exemple, du dépositaire qui s'est offert pour recevoir le dépôt, du créancier hypothécaire, et enfin des *nautae, caupones et stabularii*.

196. Il est important de remarquer que dans ce système la distinction de la *culpa lata* et de la *culpa levis*, ne s'applique qu'au dommage dont on n'aurait pas été tenu en dehors du lien de l'obligation, en d'autres termes qu'elle ne s'applique pas au dommage *injuria datum*, c'est-à-dire au dommage commis en violation de la règle : *neminem laedas*, et dont on est déjà tenu en dehors de tout lien contractuel, en vertu de la loi aquilienne. Ce dommage doit toujours être pleinement réparé, quelle que soit la faute par laquelle il a été commis (L. 44, D. IX, 2). Or, dit Mühlenbruch, et ceci concerne la terminologie, le *damnum injuria datum* qui consiste dans un fait, est particulièrement désigné par le mot *culpa*, et tout autre dommage dont on ne serait pas tenu en dehors du lien contractuel et dont on n'est tenu qu'en vertu d'un contrat, est désigné par le mot *negligentia*.

197. A part cette distinction du dommage dont on est tenu

(1) Comparez § 3, Inst. III, 23 (24).

même en dehors du lien contractuel (*culpa*), et du dommage dont on n'est tenu qu'en vertu du lien contractuel (*negligentia*), il n'importe pas de distinguer comme l'ont fait Donellus et Loehr, une *culpa in faciendo* et une *culpa in omittendo*, puisque toute faute légère consiste dans une omission, soit du fait requis pour détourner le dommage, soit des précautions nécessaires pour rendre non dommageable le fait qui a été posé (1).

Telle est la théorie que Mühlenbruch a empruntée en grande partie au traité spécial de Hasse, et dont il fait ensuite l'application aux différents contrats.

198. D'après ce système, le *damnum corpore corpori datum*, dont on serait responsable en dehors même du lien contractuel, suit une règle de prestation autre que le *damnum* dont on n'est tenu qu'en vertu du contrat. Le premier doit être presté dans tous les contrats, dans ceux où l'on est tenu de la faute légère comme dans ceux où l'on n'est tenu que de la faute grave. Toutefois l'auteur du dommage, lorsqu'en vertu du contrat il est tenu de la faute légère, peut dans tous les cas aussi être poursuivi par l'action du contrat du chef de *damnum corpore corpori datum*, de sorte que cette action concourt électivement avec l'action *ex lege Aquilia* (2), d'où la conséquence que les héritiers sont tenus non seulement à concurrence de ce dont ils sont enrichis, mais de tout le dommage (3). Si au contraire l'auteur du dommage n'est tenu que de la faute grave en vertu du contrat, il ne peut, du chef du *damnum corpore corpori datum*, être poursuivi par l'action du contrat, que si le dommage qui tombe sous l'application de la loi aquilienne, a été commis aussi par une faute grave (4).

En un mot, le *damnum corpore corpori datum* donne lieu à l'application de la loi aquilienne dans les relations contractuelles comme en dehors de ces relations, pourvu qu'il soit commis par une faute quelconque. Mais pour qu'il puisse être poursuivi par

(1) V. LOHR, *Theorie der Culpa*. — HASSE, *Culpa des röm. Rechts*, § 27-31.

(2) L. 18, § 1, D. XIII, 6.

(3) L. 10, D. X, 3.

(4) HASSE, § 36, 37.

l'action du contrat, pour que les héritiers soient tenus *in solidum*, il faut qu'il ait été commis par une faute dont on est tenu en vertu du contrat.

199. Quant au dommage dont on n'est tenu qu'en vertu du contrat, et qui consiste dans la *negligentia*, c'est-à-dire dans l'omission des soins qu'on est obligé de donner à une chose ou à une affaire, dans l'intérêt d'autrui, il y a à distinguer :

a) Les obligations qui ont pour objet un *dare*, ou la restitution d'une chose. — Si tout l'avantage y est du côté de l'une des parties contractantes, celle-ci est tenue de la faute légère, l'autre seulement de la faute grave. Ceci s'applique au commodat, au dépôt, à tous les cas énumérés aux n^{os} 192 et 193. Si chaque partie a cherché son intérêt en contractant, chacune d'elles aussi sera tenue de la faute légère, dans ce système cette règle s'applique à l'acheteur et au vendeur, au locateur et au locataire, au créancier et au débiteur gagistes, et au dépositaire qui s'est présenté pour recevoir le dépôt. Pareillement le possesseur de bonne foi, à partir de la litiscontestation, l'usager et l'usufruitier sont tenus de la faute légère (1).

De plus, dans les contrats où la garde de la chose fait partie de l'obligation de l'une des parties contractantes, cette partie est tenue aussi de la *custodia*, dans le sens spécial du mot; ce qui veut dire qu'elle est responsable du vol non commis par force ou violence. Cette règle est appliquée indistinctement à l'usufruitier et à l'usager comme au locataire, au commodataire, au créancier gagiste, aux *nautae*, *caupones*, *stabularii*, au dépositaire qui s'est offert pour recevoir le dépôt (2).

Mais au cas où le lien obligatoire qui unit les parties, est un contrat de société ou un quasi-contrat de communion, au cas où les parties ont des intérêts communs, elles peuvent, si elles n'ont

(1) On invoque en faveur de ce système les L. 5, § 2; L. 10, § 1; L. 18, pr. D. XIII, 6; — L. 13, § 1, D. XIII, 7; — L. 17, § 2, D. XIX, 5; — L. 108, § 12, D. XXX; — L. 65, pr. D. VII, 1; — L. 2, D. VII, 9, etc.

(2) On invoque les L. 2, D. VII, 9; — L. 21, D. XIX, 1; — L. 14, §§ 15, 17, D. XLVII, 2.

pas employé tous les soins d'un bon père de famille, exciper de la diligence qu'elles sont accoutumées à mettre à leurs propres affaires, en d'autres termes, les parties alors ne sont tenues que de la *culpa in concreto*. C'est ce qui a lieu pour les coassociés, les cohéritiers, les colégataires, les communistes en général, ainsi que pour le mari en ce qui concerne l'administration de la dot, parce que la dot sert à subvenir à des besoins communs, et qu'il existe à cet égard une espèce de *communio* entre le mari et la femme pendant le mariage (1).

Telles sont dans ce système les règles aux cas où il s'agit de la livraison ou de la restitution d'une chose.

b) En second lieu il y a à distinguer les obligations qui ont pour objet l'administration des affaires d'autrui. — Quiconque gère les affaires d'autrui, quand même il ne tire de la gestion aucun avantage, est tenu de la faute légère. Cette règle, selon Mühlenbruch, s'appliquerait au mandat comme à la *negotiorum gestio* (2); cependant les tuteurs et curateurs ne sont tenus que de la *culpa levis in concreto*, et le *negotiorum gestor* qui a entrepris la gestion d'urgence n'est tenu que de la faute grave (3). Et il en est de même des tuteurs et des personnes qui ont exercé un emploi public; leur responsabilité n'ira pas au-delà de la faute grave.

Enfin dans tous les cas et sauf ce qui a été dit plus haut du dol, les parties peuvent par des conventions augmenter ou diminuer leur responsabilité. Ainsi l'on peut convenir que l'on sera tenu de la faute légère là où d'après les règles précitées, qui forment le droit commun, on n'est tenu que de la faute grave, ou réciproquement qu'on ne sera tenu que de la faute grave, là où d'après ces règles on est tenu de la faute légère.

La demeure a également pour effet de changer le degré de responsabilité des parties. Celle du débiteur augmente les obligations de celui-ci et le rend responsable même du cas fortuit, quoiqu'en

(1) L. 25, § 16, D. X, 2. — L. 72, D. XVII, 2. — L. 17, D. XXIII, 2. — L. 18, § 1, D. XXIV, 3.

(2) V. MÜHLENBRUCH, § 353, note 8, où il cite : § 1, Inst. III, 28; — L. 23, § 3, D. III, 5; — L. 11 et 12, C. IV, 35; — L. 6, D. XXVII, 8.

(3) L. 1, pr. D. XXVII, 3. — L. 3, § 9, D. III, 5.



règle générale il ne soit tenu du cas fortuit que pour le cas où la chose aurait également péri chez le créancier. La demeure du créancier diminue la responsabilité du débiteur et ne le rend responsable, dans tous les cas, que de la faute grave.

c) Il y a à distinguer en troisième lieu les *negotia stricti juris*, à cause de la différence énorme qui existait anciennement entre le *strictum jus* des stipulations et la *bona fides* des contrats *juris gentium* (1). Dans le *strictum jus* il n'y avait pas de théorie sur la prestation de la faute; on parlait du principe que le débiteur n'était tenu que de ce qu'il avait promis; par conséquent si la chose promise ne pouvait se conserver sans un fait que le débiteur n'avait pas promis, il n'était pas tenu, il devait seulement s'abstenir de tout fait personnel qui aurait nui à la chose promise : il n'était donc tenu que de son fait dommageable, nullement de l'omission d'un fait qui aurait pu détourner un dommage venant d'ailleurs. La L. 91, D. XLV, 1, nous en fournit tout à la fois la règle et l'application : je stipule un esclave qui meurt avant que le débiteur ait été en demeure; si le débiteur l'a tué, il est tenu; si l'esclave infirme est mort faute de soins, le promettant sera-t-il tenu, se demande Paul. Dans les stipulations, la *culpa* lorsqu'elle consiste *in non faciendo*, entraîne-t-elle la réparation du dommage? Nullement, dit-il, car celui qui a promis de donner est tenu de donner et non de faire; de sorte que le promettant est tenu de la *culpa ex lege Aquilia*, mais non de l'omission de soins. Le stipulant aurait dû en faire l'objet de la stipulation.

200. SYSTÈME DES TROIS DEGRÉS. — D'après une opinion assez généralement reçue avant les derniers travaux des jurisconsultes allemands, dont les théories se rattachent toutes à la doctrine de Donellus, il y aurait au moins trois degrés de la faute : *culpa lata*, *culpa levis*, *culpa levissima*. Vinnius et Pothier entr'autres, chez qui l'on trouve l'exposé de ce système, définissent la *culpa levis*, l'omission des soins d'un bon père de famille, et la *culpa levissima*, l'omission des soins qu'un homme très-diligent met à ses affaires.

(1) MÜHLLENBRUCH en fait la remarque à la note 4 du § 353. — V. HASEZ, § 84. — LORENZ, *Theorie der Culpa*, p. 134.

Cette *culpa levissima* serait aussi désignée d'après ces auteurs, par les mots *custodia, diligentia*. Quant aux règles de prestation elles sont fort simples : celui qui retire seul de l'utilité du contrat est tenu de la *culpa levissima*, celui qui ne retire aucune utilité du contrat est tenu de la *culpa lata*, et lorsque le contrat est intervenu dans l'intérêt des deux parties, elles sont tenues réciproquement de la *culpa levis* (1).

201. Tel est en résumé le système généralement suivi jusqu'à ce que Thibaut eût fait revivre en Allemagne la théorie de Donellus, qui déjà au seizième siècle avait entrepris de prouver que l'on ne pouvait distinguer trois degrés de fautes. Avant Thibaut un jurisconsulte distingué, Lebrun, contemporain de Pothier, avait fait en France la critique de ce même système (2). Résumons les arguments qu'ils ont présentés.

D'abord, disent ces auteurs, il n'est ni équitable ni prudent d'exiger dans les relations contractuelles une diligence allant au-delà de celle d'un bon père de famille. En effet, dit Lebrun en développant cet argument, ou bien les soins du bon père de famille dont les Romains disent : *homo diligens et studiosus pater familias cujus personam incredibile est, in aliquo facile errassa* (3), constituent le plus haut degré possible de diligence, et alors les mots : *diligentia diligentis*, et *diligentia diligentissimi patris familias, diligentia exacta, diligentia exactissima*, que l'on trouve tous dans les textes, sont synonymes, et partant il n'y a pas de *culpa levissima*; ou bien si l'on admet une *diligentia diligentissimi* au-delà de la *diligentia diligentis*, cette diligence suprême suppose des précautions si difficiles, si minutieuses, que l'on ne saurait les exiger de la généralité des hommes sans leur imposer l'impossible. Donc cette diligence exorbitante ne saurait être établie comme droit commun, ne fût-ce que pour certains contrats. Telle ne saurait être l'intention présumée des parties, et tel n'est pas le système

(1) POTIER, *Oblig.*, n° 142. — VINNIUS, *ad Inst.*, Liv. 3, Tit. 13, § 3.

(2) *Essai sur la prestation des fautes, où l'on examine combien les lois romaines en distinguent d'espèces*, par LEBRUN (1764). — M. Blondeau en a donné une analyse dans la *Thémis*, II, p. 313-336.

(3) L. 25, D. XXII, 3.

du droit romain, disent ces auteurs, en puisant dans les textes mêmes leurs principaux arguments.

1° La *diligentia diligentis* ou *culpa* se trouve, dans une foule de passages, opposée au *casus fortuitus* et à la *vis major* comme un degré de soins au-delà duquel toute liberté, toute imputabilité s'évanouit et se confond avec le hasard et la force majeure. Voyez principalement les L. 32, D. III, 3, et 50, D. XIII, 7.

2° S'il y avait une différence entre les mots *diligentis* et *diligentissimi patris familias diligentia*, *exacta* et *exactissima diligentia*, dont les uns doivent se rapporter à la *culpa levis*, les autres à la *culpa levissima*, on trouverait dans les textes les contradictions les plus étonnantes. En effet d'après la L. 3, § 3, D. XIII, 6, le commodataire, qui retire seul toute l'utilité du contrat, serait tenu de la *culpa levis* (*custodiam diligentem debet praestare*), tandis que d'après la L. 23, § 7, D. XIX, 2, le *conductor* qui se serait chargé d'un transport, serait tenu de la *culpa levissima*, lui qui ne contracte pas dans son seul intérêt comme le commodataire (1).

3° Enfin, le système des trois degrés est repoussé par les textes qui renferment la théorie générale sur la matière. D'abord lorsqu'Ulpien, à la L. 3, § 2, D. XIII, 6, distingue tous les degrés de la faute, jusqu'au cas fortuit, *omne periculum*, il ne fait pas mention d'une *culpa levissima*; il dit : *Nunc videndum est quid veniat in commodati actione : utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum?* Ensuite la L. 23, D. L, 17, dans le classement général qu'elle fait des contrats d'après le degré de prestation dont ils sont susceptibles, ne renferme pas davantage de catégorie pour la *culpa levissima* (2).

Enfin quant à l'expression même de *culpa levissima*, sur laquelle on s'est fondé pour faire admettre trois degrés de la faute, elle ne se trouve qu'une seule fois dans les textes, et il importe de

(1) D'autres contradictions sont signalées dans LEBREY, p. 19, et dans DONELLES, L. 16, chap. 7. Comparez aussi les L. 18, § 9, D. XXXIX, 2, et 16, D. XIII, 1.

(2) *Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt : quidam et dolum et culpam*; puis elle énumère les contrats où il y a dol et ceux où il y a faute à prêter.

remarquer que c'est au titre de la loi Aquilia, au sujet de rapports extra-contractuels dans lesquels toute disposition de la chose d'autrui est illégitime, et où naturellement toute faute est imputable dès que le dommage est le résultat d'un fait illicite en soi (1).

202. Quoique le système des trois degrés de la faute ait été victorieusement réfuté, en ce sens qu'il n'y a pas de *culpa levissima* qui soit désignée par l'*exactissima diligentia* ou la *diligentia diligentissimi*, cependant d'un autre côté le moindre examen des textes fait voir que ce n'est pas atteindre à toute l'économie des lois romaines que de se borner à dire qu'il n'y a que deux degrés de la faute, la faute grave et la faute légère. Il est vrai que Hasse fait une distinction entre la *culpa* et la *diligentia*, et que, à quelque égard aussi, il distingue la *custodia*, que de plus il y a selon lui une *culpa in concreto*; mais la plupart de ces distinctions me paraissent inadmissibles. Toutefois avant de discuter les principaux points de ce système, quelques observations préliminaires sur les textes où se rencontrent les mots *culpa*, *diligentia*, *custodia*, sont indispensables.

Il y a une foule de textes au Digeste qu'il suffit de lire pour se convaincre que les mots *culpa*, *diligentia*, *custodia*, lorsqu'ils sont employés cumulativement, ne sauraient être synonymes et doivent nécessairement présenter des significations différentes. Ainsi lorsque la L. 5, § 2, D. XIII, 6, dit : *Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus cui commodatur, et ideo verior est Q. Mucii sententia existimantis ET CULPAM PRAESTANDAM ET DILIGENTIAM*, il est évident que le mot *diligentia* indique une prestation différente de la *culpa* (2). Pareillement lorsque la L. 15, § 1, D. XIII, 7, dit : *Venit autem in hac actione (pignoratitia) et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis major non venit*, il est encore évident que la *custodia* doit signifier autre chose que la *culpa* (3). Enfin lorsque la L. 5, § 15, D. XIII, 6, porte : *Quamvis autem in vehiculo commodato, vel locato, pro parte qui-*

(1) L. 44, D. IX, 2.

(2) Voyez aussi les L. 47, §§ 4 et 5, D. XXX; — L. 38, D. XXXIX, 2; — L. 25, D. I, 17.

(3) Cpr. L. 19, C. VIII, 14; — § 3, Inst. III, 24; — L. 4, C. IV, 65.

dem effectu usum habeam, quia non omnia loca vehiculi teneam, tamen verius est et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere, on ne saurait contester que les mots *culpa*, *diligentia* et *custodia*, ainsi employés cumulativement, doivent avoir chacun une signification différente.

Il en est autrement lorsque l'un ou l'autre de ces mots se trouve placé seulement après le mot *dolus*, car alors il désigne simplement une prestation plus élevée que le dol. Ainsi dans la vente, la prestation du vendeur se trouve indiquée à la L. 68, D. XVIII, 1, par le mot *diligentia* opposé au *dolus*, et la L. 2, § 1, D. XVIII, 6, par le mot *custodia* opposé au *dolus*. De même les L. 10, § 1, D. XIII, 6, et 17, § 2, D. XIX, 5, nous montrent que le mot *custodia* est indifféremment employé pour le mot *culpa*, lorsque l'un et l'autre sont simplement opposés au dol. Ainsi autre chose est la *diligentia* opposée au *dolus*, autre chose la *diligentia* opposée à la *culpa* ou à la *custodia*; autre chose encore une fois est la *custodia* opposée au *dolus*, autre chose la *custodia* opposée à la *culpa* ou à la *diligentia*. Opposés au *dolus*, les mots *culpa*, *diligentia*, *custodia*, ont la même signification; opposés à la *culpa*, les mots *diligentia* et *custodia*, doivent avoir une signification différente. Déterminer la signification de ces divers termes, tel est donc l'objet de la théorie du droit romain sur la prestation de la faute. C'est ce qu'ont senti tous les interprètes, et pour ce motif, les uns, comme Vinnius et Pothier, ont distingué outre le dol une *culpa levis* et une *culpa levissima*; d'autres, comme Donellus et Van Loehr, une *culpa in faciendo* et une *culpa in non faciendo*; et Hasse enfin a voulu fonder une distinction sur la cause du dommage. Il a distingué : 1° le dommage qui est la conséquence du fait de l'une des parties contractantes, le dommage qui se trouve avec le fait de l'un des contractants dans un rapport contingent et qui constitue le *damnum injuria datum*; 2° le dommage ayant sa cause *extrinsecus*, et que l'on n'est tenu de détourner des choses d'autrui qu'en vertu du lien de l'obligation. Le premier serait désigné par le mot *culpa*, le second par le mot *diligentia*. C'est là le point fondamental du système de Hasse. A cette distinction se rattache aussi la *culpa in concreto*, que le même jurisconsulte a introduite dans son système.

Quoique ce système soit assez généralement admis dans les manuels, Thibaut, Elvers et d'autres jurisconsultes ont protesté contre son exactitude, et l'étude des textes m'a convaincu qu'il est aussi inadmissible au point de vue de la théorie qu'à celui du droit romain.

203. D'abord pour ce qui concerne la distinction entre le *damnum injuria datum*, et le *damnum quod venit extrinsecus*, aucun texte ne la justifie, l'équité la repousse, et plusieurs lois sont contraires au principe sur lequel elle est fondée.

D'après Hasse le *damnum corpore corpori datum* doit être presté dans les relations contractuelles comme en dehors de ces relations, et le contrat qui met le détenteur de la chose d'autrui dans un rapport légitime avec elle, n'exerce aucune influence sur l'imputabilité de ce *damnum*, il ne la modifie point, il la laisse subsister tout aussi absolue que si un tiers avait commis le délit. Le mandataire, par exemple, qui en exécutant le mandat, disposerait de la chose et l'endommagerait par une faute très-légère, serait aussi responsable de ce dommage que celui qui l'aurait endommagée après s'en être saisi sans mandat, ne fût-ce que par une curiosité indiscret.

Pourrait-on dire dans l'un et l'autre cas, comme le dit la L. 44, D. IX, 2, *in lege Aquilia et culpa levissima venit*? C'est ce qui a été justement contesté par Thibaut, car si en dehors des relations contractuelles on commet déjà une infraction au droit, par cela seul qu'on se permet de disposer de la chose d'autrui d'une manière quelconque, infraction qui rend toute faute imputable, il n'en est plus de même, lorsque le contrat nous permet de disposer de la chose, en nous imposant l'obligation d'un certain degré de diligence. Dans les relations contractuelles, la distinction entre le *damnum injuria datum* et le *damnum extrinsecus* disparaît, et tout se réduit à savoir si l'on a disposé de la chose selon les fins du contrat, et si l'on a employé le degré de diligence dont on était tenu. Ainsi à l'encontre de Hasse d'après lequel l'imputabilité du *damnum injuria datum* est toujours absolue, je dis que cette imputabilité se modifie à raison des rapports juridiques qui ont donné à l'auteur du dommage un droit d'usage ou de disposition quelconque sur la chose endommagée.

Le principe de la modification de l'imputabilité se trouve nettement exprimé à la L. 34, § 2, D. XLI, 1. Un dommage qui constitue le *damnum injuria datum* a été causé; suivant que nous supposons que c'est un tiers, un *extraneus* qui en est l'auteur, ou un homme libre qui sert de bonne foi comme esclave, l'imputabilité sera plus ou moins stricte. En effet, celui qui sert dans la maison comme esclave, se trouve dans un rapport juridique qui peut autoriser dans sa personne l'usage et la disposition des choses qu'il a endommagées. C'est pourquoi la L. 34, § 2, D. XLI, 1, dit : *sed damnum dando, injuria tenebitur : ut tamen culpam in damno dando exigere debeamus graviorum nec tam levem quam ab extraneo*. La L. 27, § 50, D. IX, 2, prouve encore que c'est avant tout le fait de disposer de la chose *invito et inscio domino*, qui rend imputable le dommage qu'on a causé, fût-ce par la faute la plus légère. Les relations contractuelles ont donc pour effet de nous faire répondre de dommages dont on ne répond pas en dehors de ces relations, dont on ne répond pas même dans les contrats *stricti juris*, d'après la L. 91, D. XLV, 1. Mais d'un autre côté elles ont aussi pour effet de modifier l'imputabilité du *damnum corpore corpori datum*, qui en dehors des relations contractuelles est absolue : *in lege Aquilia et culpa levissima venit*; car user de la chose d'autrui, *inscio et invito domino*, est déjà une infraction au droit, qui rend responsable de toute faute, de tout dommage.

Du reste, si le mot *culpa*, comme le prétend Hasse, ne se rapportait qu'au *damnum injuria datum*, il est évident que les mots *culpa* et *custodia* ne pourraient pas être indifféremment employés l'un pour l'autre, comme ils le sont réellement dans les sources, quand ils sont opposés au dol seulement. Car la *custodia*, la garde ou surveillance de la chose d'autrui n'est pas une obligation qui nous incombe en dehors des relations contractuelles, l'omission de cette garde ne nous est imputable qu'en vertu d'un contrat, et cependant les L. 10, § 1, D. XIII, 6, et 17, § 2, D. XIX, 5, prouvent que ces mots, opposés au *dolus*, sont synonymes, sans que pour les contrats de bonne foi aucun autre texte, aucune expression fasse la moindre mention d'une différence de signification.

Ce premier point de la théorie paraît donc inadmissible.

204. Quant au deuxième point, concernant la *culpa in concreto*, si, dit-on, l'on est pleinement tenu de la *culpa*, c'est-à-dire du *damnum injuria datum*, il y a des cas où, quoiqu'on soit tenu de la *diligentia*, c'est-à-dire de détourner le dommage *extrinsecus*, on peut cependant se dégager de cette responsabilité sans avoir déployé la diligence d'un bon père de famille; c'est en prouvant qu'on a été diligent comme on l'est d'habitude dans ses propres affaires, pourvu qu'on ne soit pas tombé dans une faute grave en soi, *per se*. Il en résulte, 1° que quant aux dommages venant *extrinsecus*, tout en étant tenu de la *culpa levis*, on ne le serait cependant que de la diligence qu'on met à ses propres affaires; 2° qu'on ne peut pas s'exeuser en alléguant la diligence qu'on met d'ordinaire à ses propres affaires, lorsqu'on se trouve dans une négligence grave en soi.

La L. 52, D. XVI, 3, repousse formellement l'une et l'autre de ces assertions. La *rebus suis consueta diligentia* ne saurait être que la limite de la faute grave ou du dol; car ne pas mettre aux affaires d'autrui les soins qu'on a l'habitude de donner à ses propres affaires, c'est évidemment les omettre sciemment, c'est causer volontairement le dommage. Ainsi, d'après la L. 52, D. XVI, 3, celui qui est incapable de la diligence du commun des hommes, *qui non ad eum modum quem hominum natura desiderat, diligens est*, n'est pas exempt de dol lorsqu'il ne donne pas à la chose déposée les soins qu'il met à ses propres choses. Donc dans tous les cas l'omission de cette diligence constitue le dol.

Hasse semble avoir voulu prévenir cette objection en s'efforçant d'établir une ligne de démarcation entre le dol et la *culpa in concreto*. Celui qui est tenu de ce qu'il appelle *culpa in concreto* doit prouver, dit Hasse, qu'il a été diligent comme dans ses propres affaires, tandis que celui qui n'est tenu que de la faute grave ne doit rien prouver, il faut au contraire qu'on lui prouve qu'il n'a pas employé ses soins habituels, ou qu'il n'a pas entendu ce que tout le monde entend. Mais c'est là une pétition de principes. Il est bien vrai que celui qui est tenu de la faute grave ne doit rien prouver, car le dol ne se présume pas, mais il est dit nulle part que c'est celui à qui incombe la *rebus suis consueta diligentia*,

qui doit la prouver. Au contraire il résulte de la L. 32, que l'omission de cette diligence constituant un dol, c'est à celui qui se fonde sur cette omission à en fournir la preuve; et dès lors il est impossible d'admettre que les jurisconsultes romains aient voulu séparer cette *rebus suis consueta diligentia* de la faute grave.

D'autre part, la *culpa in concreto*, telle qu'on la définit, donnerait lieu aux conséquences les plus iniques. Quoique tenu de la faute légère, dit-on, je puis m'excuser en alléguant la diligence que je mets à mes propres affaires, pourvu que je ne me trouve pas dans une faute grave en soi. Voilà la règle que l'on a tracée. Eh bien! que résulterait-il de l'application de cette règle au cas dont il est question à la L. 32? Quelqu'un n'est pas capable de la diligence du commun des hommes, c'est un homme simple; il est dépositaire d'une chose; il se trouve dans une faute grave *per se*, *non intelligit quod omnes intelligunt*, mais de telles fautes lui sont en quelque sorte habituelles. D'après la L. 32, il ne serait responsable que si la faute ne lui était pas habituelle, d'après Hasse il serait responsable, parce que la faute est ce qu'il appelle une faute grave en soi, conséquence que l'équité et la loi repoussent.

La *rebus suis consueta diligentia* n'est donc autre chose qu'une définition de la faute grave. Eu effet, la faute grave est reconnaissable à ces deux caractères : 1° *Non intelligere quod omnes intelligunt*, 2° *rebus suis consuetam diligentiam non adhibere*. Mais de ces deux conditions la première peut manquer, la seconde jamais. Ce n'est qu'en énonçant cette seconde condition qu'on définira complètement la faute grave, comme le montre très-bien la L. 32; car si un objet est déposé chez une personne, *quae non ad modum quem natura hominum desiderat diligens est*, vainement dira-t-on que la faute de ce dépositaire est grave en soi, parce que pour y tomber il faut ne pas comprendre ce que comprend tout le monde; si le dépositaire est incapable de la prévoyance du commun des hommes, la bonne foi n'aura pas été violée et le dépositaire ne sera pas responsable. Mais s'il était tombé dans une faute qu'il ne commet pas dans ses propres affaires, il y aurait dol, quel que fût

son degré d'imprévoyance ou d'incapacité, comme il y aurait dol aussi s'il s'agissait d'un homme diligent qui eût commis une faute légère en soi, mais que pourtant il ne commet pas dans ses propres affaires. Être tenu de la *rebus suis consueta diligentia*, ou être tenu seulement de la bonne foi, c'est donc une même chose, et l'omission de cette diligence est le caractère le plus infaillible du dol ou de la faute grave, par conséquent la *culpa in concreto* est aussi étrangère au droit romain que l'expression elle-même.

Enfin sans aller plus loin, le système de Hasse est contraire à la L. 23, D. L, 17. En effet cet auteur est forcé, pour concilier son système avec ce texte, de rapporter les mots : *in his quidem et diligentiam*, à la seule *negotiorum gestio*, et non aux autres contrats qui précèdent, le commodat, la vente, le gage, ce qui détruit toute l'économie de cette loi, et la met en contradiction avec une foule de fragments qui attestent que la *diligentia* doit se rapporter aussi aux autres contrats qui y sont énumérés, tels que le commodat, la vente, l'*indebitum*, le gage, le *pignori acceptum*, etc.

203. Comme toute faute implique une négligence et requiert pour être évitée une certaine garde ou diligence, il suit de là même que les mots *custodia* et *diligentia*, lorsqu'ils sont opposés au dol, sont synonymes entr'eux et avec le mot *culpa* (1). Ces mots signifient qu'on est tenu au-delà de la faute grave, au-delà de la *rebus suis consueta diligentia*, jusqu'aux soins du bon père de famille (2). Mais à quoi doivent s'appliquer ces soins? Est-ce seulement à la conservation, à la garde de la chose; ou bien est-ce aussi aux fruits naturels ou civils qu'elle peut produire, au profit qu'on peut tirer d'une gestion ou d'une administration? Cette question doit se présenter d'autant plus naturellement que le but de toute théorie de la faute est la réparation des dommages, et qu'à cette occasion les textes soulèvent souvent la question de savoir si cette réparation ne comprend que la perte, le dommage proprement dit, le *damnum emergens*, ou bien si elle comprend aussi le *lucrum cessans*, c'est-à-dire le bénéfice dont la partie lésée a été privée

(1) Voyez les textes cités au n° 203.

(2) L. 2, D. XVIII, 6.

par suite du défaut de soins : *an et lucri ratio habeatur, non solius damni : quantum alicui absit, quantumque lucrari potuit* (1). Et c'est sur cette distinction que sont fondées les différentes prestations de la faute grave et de la faute légère dont on est tenu dans les contrats.

Parmi les divers contrats qui requièrent la prestation de la *culpa*, il y en a en effet dans lesquels il est pleinement satisfait à l'intention des parties, lorsque les choses d'autrui qu'on détient ont été bien conservées, sans que le détenteur soit responsable s'il n'en a pas tiré tout le profit qu'aurait pu en tirer un diligent père de famille, pourvu cependant que quant au profit il ne se trouve pas dans une faute grave, c'est-à-dire qu'il ait été diligent comme dans ses propres affaires. Ceci s'applique entr'autres à la société, à la *communio*, à la tutelle (2).

Il y en a d'autres dans lesquels le détenteur ou l'administrateur des choses d'autrui doit être responsable, non seulement de toute faute quant à la conservation de la chose, mais encore de toute faute quant aux fruits, quant aux intérêts et au profit qu'il aurait pu tirer de la gestion. Ceci s'applique entr'autres au gérant d'affaires, dans quelques cas au mandataire, et encore au créancier gagiste, au commodataire, au vendeur (3).

Après ces explications qui constituent la base de notre système, il nous reste à expliquer la terminologie.

206. Toute prestation qui va au-delà du dol, de la bonne foi, est désignée par le mot *custodia*, ou par le mot *desidia* qui est l'omission de la *custodia*, ou par le mot *diligentia* qui indique les soins d'un bon père de famille, ou enfin par le mot *culpa*, expressions qui sont toutes parfaitement synonymes quand elles sont opposées au *dolus*, ainsi qu'on peut le voir par les lois citées plus haut (4).

(1) L. 2, § 6, D. XIII, 4; — Cpr. *ELVERS*, p. 19.

(2) L. 25, § 16, D. X, 2. — L. 72, D. XVII, 2. — L. 17, D. XXIII, 3. — L. 1, D. XXVII, 3.

(3) L. 23, D. L, 17. — L. 24, C. IV, 32. — L. 3, C. IV, 24. — L. 13, § 1, D. XII, 1. — L. 5, § 2, D. XIII, 6.

(4) Au n° 208; on peut y joindre la L. 72, D. XVII, 2, comparée avec la L. 17, D. XXIII, 3.

Le mot *diligentia* opposé au *dolus* ne se rapporte donc qu'à la conservation de la chose, car pour conserver une chose il ne faut pas une habileté extraordinaire, il ne faut pas même dans la plupart des cas une surveillance spéciale. Ordinairement on peut conserver la chose d'autrui en même temps qu'on garde les siennes propres.

Il en est autrement des fruits de la chose, des intérêts d'un capital, du profit d'une gestion. Pour rendre une chose productive il faut souvent une habileté spéciale, ou une diligence qu'on ne peut donner aux affaires d'autrui qu'en les refusant aux siennes propres. C'est à ces soins que se rapporte le mot *diligentia* pris dans le sens technique, c'est-à-dire lorsqu'il est opposé à la *culpa* ou à la *custodia*; et de même que l'omission de la *custodia* est désignée par ce mot *desidia*, l'omission de la *diligentia* constitue la *negligentia* (1). C'est pourquoi dans plusieurs cas où la loi requiert tous les soins d'un bon père de famille pour la conservation de la chose, mais où elle se contente des soins que nous donnons à nos propres affaires pour ce qui concerne les fruits, les intérêts, le profit de la gestion, nous trouvons les mots *culpa* et *rebus suis consueta diligentia*, ou les mots *desidia* et *negligentia*, avec la réserve que quant à la *diligentia* la prestation ne va pas au-delà de la bonne foi, au-delà de la *rebus suis consueta diligentia*. Ainsi la L. 72, D. XVII, 2, porte : l'associé est tenu envers l'associé de la *desidia* et de la *negligentia*, mais quant à la *diligentia*, sa faute ne doit pas être poussée jusqu'aux soins les plus exacts, il suffit qu'il mette aux affaires communes les soins qu'il donne à ses propres affaires, c'est-à-dire, qu'il administre avec bonne foi (V. L. 32, D. XVI, 3).

Pareillement la L. 17, D. XXIII, 3, porte que le mari, pour les choses dotales, est tenu tant du dol que de la *culpa*, mais qu'il doit en outre prêter la diligence qu'il met à ses propres affaires : *SED ETIAM diligentiam praestabit quam in suis rebus exhibet*. Telle qu'elle nous apparaît dans cette loi, la *rebus suis consueta dili-*

(1) L. 23, D. L, 17. — L. 72, D. XVII, 2. — L. 17, D. XXIII, 3. — L. 25, § 16, D. X, 2. — L. 24, C. IV, 32.

gentia n'est plus un adoucissement de la prestation de la *culpa*; les mots : *sed etiam...* indiquent que ce n'est pas une moindre prestation, comme l'a dit Hasse, mais bien une prestation nouvelle que la loi requiert à côté de la *culpa*. Cette prestation n'est autre chose que l'expression de la bonne foi quant au bénéfice, tandis que la diligence d'un bon père de famille est déjà requise pour la seule conservation de la chose.

La L. 1, D. XXVII, 3, porte de même que le tuteur est tenu du *dolus*, de la *culpa*, et de la *rebus suis consuetu diligentia*.

Enfin, la L. 23, § 16, D. X, 2, rend l'héritier responsable, vis-à-vis du cohéritier, du *dolus* et de la *culpa*, et s'exprime en ces termes quant à la *diligentia* : *non tamen diligentiam praestare debet qualem diligens pater-familias, quoniam propter suam partem causam habuit gerendi : et ideo negotiorum actio coheredi non competit*. Ainsi le cohéritier, parce que sa part indivise lui donne le droit de gérer, n'est tenu que de la *rebus suis consuetu diligentia*, et c'est pour ce motif que l'*actio negotiorum gestorum* n'est pas donnée contre le cohéritier gérant, car à l'égard de la conservation, comme à l'égard du profit de la gestion, l'*actio negotiorum gestorum* oblige le gérant à une diligence parfaite et plus grande par conséquent que celle dont il use dans ses propres affaires.

Comme la *diligentia*, quant ce mot est placé après la *culpa* ou la *custodia*, se rapporte particulièrement aux soins qui tendent à rendre une chose productive, il en résulte que celui qui est tenu de cette *diligentia* est aussi *a fortiori* tenu de la diligence qui concerne la conservation, c'est-à-dire que par cela même il est tenu de toute diligence, de *omni diligentia*. Ainsi d'après la L. 24, C. IV, 32, le gérant d'affaires est tenu de *omni diligentia*, et pour ce motif, la loi le rend comptable des intérêts des capitaux dont il a eu l'administration. *Si mater tua, dit cette loi, major annis constituta, negotia quae ad te pertinent, gesserit : cum omnem diligentiam praestare debeat, usuras pecuniae tuae, quam administrasse fuerit comprobata, praestare compelli potest* (1).

(1) Voyez les L. 38, D. XXXIX, 2; — L. 3, C. IV, 24; — L. 13, § 1, D. XXII, 1, comparées avec la L. 23, D. L, 17.

207. Quant au mot *custodia*, opposé au dol ou à la faute grave, il indique l'obligation de garder, de conserver la chose; mais opposé aux mots *culpa* et *diligentia*, il se rapporte à une garde ou surveillance tout-à-fait extraordinaire, que Théophile au § 3, Inst. III, 23, appelle *ακριβεστατη προφυλακη*, et qui est particulière à certains objets seulement : tels sont les esclaves et les animaux à cause de la fuite qui peut tromper même un homme diligent; tels sont encore les objets mobiliers susceptibles d'être facilement dérobés. Cette garde extraordinaire et spéciale n'entre pas dans la responsabilité ordinaire des parties contractantes, elle n'est exigée que dans quelques contrats, et là où par convention on s'est chargé de la *custodia*.

Cette double signification du mot *custodia* ressort de textes nombreux. En vertu du contrat de vente, le vendeur est tenu de l'exacte conservation de la chose et cette obligation est indiquée, soit par le mot *culpa*, soit par le mot *custodia* (1). Le vendeur doit mettre plus de soins à la conservation de la chose vendue qu'à celle des autres choses qu'il possède encore. La L. 3, D. XVIII, 6, dit: *Custodiam autem venditor talem praestare debet quam praestant hi quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem quam in suis rebus adhiberet* (2).

Jusqu'où s'étend l'obligation de conserver, désignée par le mot *culpa*, ou aussi par le mot *custodia* lorsque celui-ci n'est pas opposé à la *culpa* ou à la *diligentia*? S'étend-elle jusqu'à la responsabilité du vol? comprend-elle la responsabilité indiquée par le mot *custodia*, lorsque ce mot est opposé à la *culpa* ou à la *diligentia*, comme à la L. 19, C. VIII, 14, et à la L. 13, § 1, D. XIII, 7? Le § 3, Inst. III, 24, répond à cette question. Si, y est-il dit, l'esclave vendu a pris la fuite, ou a été volé, de telle sorte qu'il n'y ait ni faute ni dol à imputer au vendeur, *neque dolus, neque culpa*, il faut voir si le vendeur s'était chargé de la *custodia* jusqu'au moment de la tradition; s'il s'en était chargé, il sera responsable de

(1) L. 3, D. XVIII, 6, comparée avec les L. 23, D. L, 17, et L. 5, § 2, D. XIII, 7.

(2) Cpr. L. 10, § 1, D. XIII, 6, et L. 17, § 2, D. XIX, 5.

cet accident (*casus*), sinon aucune responsabilité ne pèse sur lui. La même distinction doit se faire, suivant notre règle, quand il s'agit d'animaux ou d'objets mobiliers susceptibles d'être volés. La *custodia*, pour celui qui est déjà tenu de la *culpa*, se rapporte donc à la fuite des esclaves ou au vol qui n'est pas le résultat d'une force majeure, et telle est la signification de ce mot quand il est placé après le mot *culpa* : *venit autem in hac actione (pignoratitia)*, dit la L. 13, § 1, D. XIII, 7, et *dolus et culpa ut in commodato, venit et custodia; vis major non venit* (1).

Enfin la L. 53, § 4, D. XVIII, 1, fait ressortir à elle seule la double signification du mot *custodia*. Si la chose vendue a été volée, dit cette loi, il faut voir d'abord ce qui a été convenu quant à la *custodia*; s'il n'y a pas de convention spéciale, la *custodia* du vendeur doit être celle d'un bon père de famille, et si le vendeur y a satisfait, il sera quitte en cédant à l'acheteur la revendication et la *condictio furti*.

Donc il est bien établi que la *custodia* placée après le mot *culpa*, se rapporte à la responsabilité du vol et de la fuite des animaux ou des esclaves, événements qui tiennent le milieu entre la faute, *culpa*, et la force majeure, ou le *casus improvisus*, puisque, comme le dit la L. 4, C. IV, 63, cette *custodia* oblige à faire garder les choses par des gardiens, mais ne rend pas responsable de la force majeure, du vol commis à main armée, ni d'autres cas imprévus.

Tout cela se trouve confirmé par la L. 52, §§ 2 et 3, D. XVII, 2.

L'associé est tenu de la *culpa* envers l'associé, il n'est pas tenu du *damnum fatale*. C'est pourquoi si une partie de bétail a été confiée à un associé, avec estimation, c'est-à-dire avec commission de la vendre et de restituer la chose ou le prix, il n'est pas tenu des événements majeurs, du *latrocinium*, de l'incendie, etc., pourvu qu'il n'y ait pas de faute, ajoute le texte, car le *latrocinium* même aurait pu avoir lieu par sa faute, par exemple s'il avait pris les chemins les moins sûrs. Que si le bétail a été volé, *subreptum*, sans force majeure, cet associé sera tenu, dit le texte, car celui qui

(1) Cpr. L. 19, C. VIII, 14.

reçoit une chose avec estimation, c'est-à-dire pour la vendre sous la charge de restituer la chose ou le prix, est tenu de la *custodia*.

Nous pourrions invoquer encore la L. 17, § 1, D. XIX, 5, et la L. 5, §§ 5, 4, 5, 6, D. XIII, 6; mais après les preuves que nous venons de donner, il semble inutile de pousser plus loin l'analyse des textes, et nous nous arrêterons un instant pour résumer les conséquences auxquelles cet examen nous a conduits.

208. Pour avoir une idée complète de la prestation de la faute en droit romain, il faut distinguer :

a) Obligation de conserver la chose, désignée par le mot *culpa*, ou par le mot *diligentia* opposé au *dolus* seulement, ou par le mot *custodia* opposé au *dolus* seulement.

Les mots *negligentia* et *desidia* sont synonymes de *diligentia* et de *custodia*, ils expriment la même chose dans la forme négative.

b) Obligation de tenir compte des fruits, des intérêts, des profits d'une gestion jusqu'à la diligence du bon père de famille, exprimée par le mot *diligentia* employé dans le sens technique, c'est-à-dire placé après le mot *culpa*, *custodia* ou *desidia*.

c) Responsabilité des vols et de la fuite des animaux ou des esclaves, de cette perte qui peut arriver même à un diligent père de famille, mais que pourtant l'on peut prévenir par une surveillance étroite et extraordinaire, par l'emploi de gardiens, tout cela désigné par le mot *custodia*, quand ce mot vient après la *culpa* ou la *diligentia*.

Telles sont les différentes obligations que les parties sont censées contracter tacitement l'une à l'égard de l'autre, suivant la nature diverse des contrats, obligations sur lesquelles se fonde toute la théorie de la prestation de la faute, ainsi que nous allons l'exposer après que nous aurons jeté un coup d'œil sur les deux fragments du Digeste qui renferment les dispositions les plus générales sur l'étendue de cette prestation : L. 5, § 2, D. XIII, 6, L. 25, D. L, 17.

209. Voyons, dit Ulpien à la première de ces lois, ce dont on est tenu dans l'action du commodat : est-ce du *dolus* et de la *culpa*, ou bien est-ce de tout péril, c'est-à-dire même du cas fortuit? Quelquefois dans les contrats on n'est tenu que du dol seul; quel-

quefois du dol et de la *culpa*. Du dol dans le dépôt, car le dépositaire ne retire aucune utilité du contrat : s'il recevait une *merces*, il serait tenu de la *culpa*; il en serait de même s'il avait été convenu qu'il prêterait la *culpa*, ou même le cas fortuit. Là où les deux parties retirent de l'utilité du contrat comme dans l'*emptum*, dans le *locatum*, dans la dot, dans le *pignus*, dans la société, on est tenu du dol et de la *culpa*. Mais dans le commodat, qui le plus souvent est contracté pour le seul avantage du commodataire, on est tenu et de la *culpa* et de la *diligentia*.

Dans quelques contrats, dit Ulpien à la seconde loi, la L. 25, D. L, 17, nous sommes tenus du dol, dans quelques autres du dol et de la *culpa*. Du dol dans le dépôt, dans le *precarium*; du dol et de la *culpa* dans le mandat, dans le commodat, dans la vente (*venditum*), dans le *pignori acceptum*, dans le *locatum*, dans la *dotis datio*, dans la gestion d'affaires de la tutelle (dans ces contrats on est même tenu de la *diligentia* : *in his quidem et diligentia*), dans la société, dans la *rerum communio*.

Il y a plusieurs observations à faire sur ces deux textes :

1° A la L. 25, Ulpien se borne à nommer les contrats où l'on est tenu du dol, ceux où l'on est tenu de la *culpa*, et ceux où l'on est tenu de la *diligentia*, sans en rechercher le motif, tandis qu'à la L. 5, § 2, D. XIII, 6, il est particulièrement préoccupé de l'un des motifs sur lesquels se fonde l'étendue de la responsabilité des contractants. A la L. 5 il fait l'application d'une règle qui est, à la vérité, la plus générale sur cette matière, mais qui cependant n'est pas la seule règle suivant laquelle se détermine cette responsabilité. C'est pourquoi à cette loi le commodat seul est nommé comme rendant responsable de la *diligentia*, non pas parce qu'il est le seul contrat susceptible de cette prestation, cela serait contraire à la L. 25, mais parce que dans ce contrat la prestation de la *diligentia* est fondée sur l'unique avantage qui en revient au commodataire.

2° Si l'on remarque qu'à la L. 5, § 2, le commodat se trouve dans une catégorie tout-à-fait spéciale, eu égard à la *diligentia*, et qu'il est formellement séparé du *locatum*, de la *dos*, du *pignus*, tandis que, à la L. 23, D. L, 17, le commodat est confondu avec le *venditum*, le *pignori acceptum*, le *locatum*, la *dotis datio*, il

faut aussi ne pas perdre de vue qu'il y a une différence entre l'*em-tum* et le *venditum*, c'est-à-dire entre les obligations de l'acheteur et celles du vendeur; entre le *pignus* et le *pignori acceptum*, c'est-à-dire entre les obligations du débiteur qui a donné le gage, et celle du créancier gagiste; entre celles du *locator* et du *conductor*; entre la *dos* et la *dotis datio*, c'est-à-dire entre les obligations du mari qui administre la dot et les obligations de celui qui a promis une dot.

Ceci posé nous déterminerons, en nous renfermant étroitement dans les textes cités, quelles sont dans les divers contrats, les diverses obligations des parties contractantes.

210. *Prestation de la culpa*. — L'obligation de conserver désignée par le mot *culpa* ou par les mots *custodia*, *diligentia*, opposés au dol, ne s'applique pas seulement aux choses, mais souvent, comme dans la tutelle, dans la société, dans la dot, à tous les biens ou à tout le patrimoine. C'est pourquoi l'obligation désignée par le mot *culpa* implique celle d'interrompre la prescription, de faire donner caution du chef d'un dommage à craindre (*damnum infectum*) et enfin de poser tous actes conservatoires (1).

C'est de cette obligation concernant le *damnum*, le dommage positif, et non pas le *lucrum cessans*, que sont tenus : le *locator*, le débiteur qui donne un gage, l'usufruitier, l'acheteur. Ainsi par exemple, le loueur d'une voiture serait responsable du dommage causé soit par l'impéritie du conducteur, soit par les défauts du cheval, de la voiture, ou de la chose louée quelle qu'elle fût (2). Pareillement le débiteur qui doit remettre le gage au créancier est responsable de tout dommage qui peut être causé au créancier par la chose, lorsque le débiteur a pu connaître les défauts sans avertir le créancier. Quant à l'usufruitier, l'obligation de conserver est l'objet de la *cautio* qui intervient; il doit jouir *salva substantia* (3). Enfin quant à l'acheteur, si le prix consistait partie en argent, partie en autres choses comme cela se peut, il est tenu de bien conserver ces choses, obligation qui lui incombe également par rapport

(1) L. 38, D. XXXIX, 2. — L. 3, § 2; L. 5 et L. 37, D. XXVI, 7.

(2) L. 60, § 7, D. XIX, 2.

(3) L. 1, §§ 3 et 7, D. VII, 9. — Art. 601 et 616 du Code civ.

à celles qu'il pourrait avoir reçues à titre d'arrhes, et qu'il doit restituer lors de l'exécution du contrat.

Si nous ne faisons pas mention ici du *conductor*, du créancier gagiste, du vendeur, c'est que leurs obligations vont au-delà de la *culpa*, et qu'ils sont tenus de la *diligentia*, comme nous le verrons plus loin.

Le *locator*, le débiteur gagiste, l'usufruitier, l'acheteur ne sont tenus que de la *culpa*; ils en sont tenus en vertu de la règle que l'obligation de conserver incombe à quiconque retire de l'utilité du contrat, peu importe que cette utilité soit partagée ou non. Si elle n'est pas partagée, si une seule partie retire tout l'avantage, cette considération est importante pour la *diligentia*, mais elle est sans influence pour la *culpa*; c'est pourquoi nous voyons que là où il s'agit seulement de la conservation, les contrats dont une seule partie retire tout l'avantage, sont assimilés à ceux où l'avantage est partagé; ainsi le commodataire est assimilé au *locator operarium* par Gaius, parce que là il s'agit seulement de l'obligation de veiller à la conservation de la chose (1).

Est encore tenu de la *culpa*, également en vertu de l'utilité réciproque, l'associé envers l'associé (2). Mais ici il pourrait être question de la *diligentia*, car parmi les associés il y en a souvent qui n'apportent pour toute mise que leur industrie; de plus il peut être question des fruits des choses, de l'intérêt des capitaux dont l'un ou l'autre associé a été détenteur. C'est pourquoi les textes décident que les associés de ces divers chefs ne sont pas astreints à une diligence plus grande que celle qu'ils apportent à leurs propres affaires. En effet, dit la L. 72, D. XVII, 2, celui qui s'est associé à un homme négligent doit se l'imputer à lui-même. Donc si les L. 23, D. L, 17, et 3, § 2, D. XIII, 6, déclarent l'associé responsable de la *culpa*, c'est-à-dire de l'exacte conservation des choses, la L. 72, D. XVII, 2, ne requiert cependant de lui que la *rebus suis consueta diligentia*, mots qui ne se rapportent qu'à la

(1) GAIUS, III, § 206. — Cpr. art. 1137 du Code civ.

(2) L. 23, D. L, 17. — L. 32, § 2, D. XVII, 2. — Art. 1850 du Code civ.

negligentia et non à la *desidia*. En conséquence de ces principes l'associé ne doit pas l'intérêt des sommes qu'il a perçues pour le compte de la société, à moins qu'il ne les ait converties à son usage ou qu'il n'ait été constitué en demeure (1).

Les cohéritiers et colégataires, les communistes en général sont encore tenus de la *culpa* pour ce même motif que l'utilité est réciproque. Mais quant à la *diligentia*, quant au *lucrum*, ils ne sont pas tenus au-delà des soins qu'ils donnent à leurs propres affaires, parce qu'à la différence du gérant d'affaires, les communistes ont à raison de leur part indivise un droit dans la gestion (2). Mais par cela seul qu'ils sont tenus de la *culpa*, c'est-à-dire des soins exacts quant aux actes conservatoires, ils sont tenus aussi de la *rebus suis consueta diligentia*, c'est-à-dire qu'ils doivent par rapport au *lucrum* employer leurs soins habituels. C'est pour cela que Paul dit à la L. 226, D. L, 16, *Magna negligentia, culpa est, magna culpa, dolus*, pour dire que l'omission grave de la *diligentia*, c'est-à-dire des soins concernant le *lucrum*, est renfermée dans la prestation de la *culpa*, de même que la *culpa lata* est renfermée dans le *dolus*. Par conséquent, en règle générale, celui qui est tenu de la faute légère quant aux actes conservatoires est par cela même tenu de la faute grave quant au *lucrum*, de même que celui qui est tenu du dol, est par cela aussi tenu du dommage qu'il a causé par une faute grave. Telle est la signification de ce texte de Paul où le mot *negligentia* est employé dans le sens technique.

Est encore tenu de la *culpa* et de la *rebus suis consueta diligentia* ou de la *magna negligentia*, comme dit la L. 226, D. L, 16, le mari en ce qui concerne les biens dotaux, et cela non seulement dès l'instant où il a reçu la dot, mais dès l'instant où elle est promise; car si faute de l'avoir poursuivie en temps opportun, la dot est perdue, c'est le mari qui en répond (3).

Est pareillement tenu de la *culpa* l'héritier à l'égard des légataires; les intérêts et les fruits ne sont dûs au légataire qu'à partir

(1) L. 60, D. XVII, 2. — Art. 1830 comparé avec 1137.

(2) L. 20, § 16, D. X, 2. — L. 23, D. L, 17.

(3) L. 13, L. 33, D. XXIII, 3. — L. 5, § 2, D. XIII, 6. — Art. 1562.

de la sommation (1). Mais l'héritier à l'égard du fidéicommissaire, qui retire le plus grand bénéfice de la succession, n'est tenu que de la faute grave (2).

Est encore tenu de la *culpa* le commodataire lorsque le commodat a lieu dans l'intérêt des deux parties (3).

Enfin, le tuteur est tenu de la *culpa*, mais non de la *diligentia* : il n'est tenu, comme l'associé, comme le mari à l'égard des biens dotaux, que de la *rebus suis consueta diligentia*. Des motifs d'intérêt public l'exigent ainsi, car le tuteur ne retire aucun intérêt du quasi-contrat de la tutelle, et bien qu'il soit administrateur des biens d'autrui, sa gestion n'est pas libre dans le principe; il remplit une fonction publique qu'il ne dépend pas de lui d'accepter ou de repousser. C'est par cette considération que sa responsabilité diffère de celle du gérant d'affaires et du mandataire salarié. D'un autre côté, il est suffisamment pourvu aux intérêts du pupille lorsque son patrimoine est soigneusement conservé, lorsque le tuteur répond de toute diminution, de toute perte ou détérioration qui eût pu être évitée par les soins d'un bon père de famille. Quant au *lucrum* de la gestion, les intérêts du pupille trouvent une garantie suffisante dans la diligence que le tuteur met à ses propres affaires. Aller au-delà ce serait trop exiger d'un homme dont l'administration est obligatoire, ce serait le plus souvent exiger l'impossible.

La responsabilité des curateurs, des magistrats municipaux, des syndics de communautés, du mari administrant les biens paraphernaux de la femme, est la même que celle du tuteur (4).

211. *Prestation de la culpa et de la diligentia.* — De même que la *culpa* se rapporte à tout dommage qui peut affecter une chose ou un patrimoine, ainsi la *diligentia* se rapporte à tout le profit, non seulement au profit qu'on a réellement fait, mais à celui qu'un

(1) L. 1 et 4, C. VI, 47.

(2) L. 22, § 3, D. XXXVI, 1.

(3) L. 18, D. XIII, 6.

(4) L. 1, D. XXVII, 3. — L. 3, D. XXVII, 4. — L. 7, C. V, 70. — L. 11, C. V, 14. — L. 6, D. L, 8. — Art. 450 — 456 — 1578 — 1650 du Code civ.

homme diligent aurait pu faire. C'est pourquoi la L. 3, C. IV, 24, déclare le créancier qui détient un bien fonds à titre de gage, comptable non seulement des fruits qu'il a perçus, mais de ceux qu'il aurait dû percevoir. C'est pourquoi le gérant d'affaire est responsable des intérêts des sommes dont il a eu la manutention, à raison de tout le temps qu'a duré la gestion.

La prestation de la *diligentia* est déterminée par la règle de la L. 3, § 2, D. XIII, 6, que celui qui seul retire tout l'avantage du contrat est tenu non seulement de la *culpa*, mais encore de la *diligentia*. En effet, il est équitable que lorsque le prêteur fait le sacrifice de l'usage de la chose, l'emprunteur qui reçoit un bien-fait fasse de son côté le sacrifice d'une diligence même supérieure à celle qu'il déploie ordinairement dans ses propres affaires. Cette règle d'équité est consacrée à la L. 3, § 2, D. XIII, 6, au sujet du commodataire, et trouve son application dans les cas où la chose prêtée donne des fruits comme au cas de la L. 3, § 9, D. XIII, 6 (1).

La considération de l'avantage revenant uniquement à l'une des parties, se fait encore sentir dans le mandat et dans le dépôt à l'égard du mandant et du déposant, quoique d'une manière autre que dans le commodat. En effet, dans l'obligation du mandant, du déposant, il ne peut pas être question de fruits; mais si le mandataire, le dépositaire, ont déboursé des sommes au profit du mandant, du déposant, ceux-ci les doivent avec les intérêts (2).

Est encore tenu de la *culpa* et de la *diligentia*, le vendeur. Bien que la vente se contracte dans l'intérêt des deux parties, il est cependant à remarquer que dès l'instant où la vente est parfaite, l'acheteur est chargé des risques et périls, et obligé de payer le prix lorsque la chose périt sans la faute du vendeur. Le risque de la chose, qui dès le moment où le contrat est parfait cesse de peser sur le vendeur, exige de celui-ci toute diligence, *omnem diligentiam*, comme dit la L. 38, D. XXXIX, 2; et la L. 11, § 9, D. XLIII, 24, dit la même chose en d'autres termes : *omne enim*

(1) Art. 1382 du Code civ.

(2) PAUL, SENT. II, 13, § 2; — L. 23, D. L. 17; — L. 61, § 3, D. XLVII, 2. — ELVENS, p. 38; — art. 2001 du Code civ.

commodum et incommodum ad emptorem pertinere debet. Non seulement le vendeur sera donc tenu de livrer la chose avec les fruits et accessions, il sera même responsable de la faute quant à la prestation des fruits (1). Cependant le vendeur de l'hérédité, à cause de l'étendue des soins qu'il devrait employer, n'est tenu que de la bonne foi (2).

Est tenu de la *culpa* et de la *diligentia*, le créancier gagiste (3). En effet le gage est livré au créancier, non pas pour qu'il en retire de l'utilité, mais pour que sa créance lui soit assurée, et bien qu'il soit vrai de dire que la dette se contracte dans l'intérêt du créancier et du débiteur, cependant le gage dépouille le débiteur de la possession sans que le créancier ait acquis un droit de jouissance. C'est pourquoi la bonne foi exige que le créancier veille à tous égards aux intérêts du débiteur. La L. 5, C. IV, 24, déjà citée plus haut, déclare le créancier comptable non seulement des fruits par lui perçus, mais de ceux qu'il eût dû percevoir, et la L. 2, C. VIII, 25, porte : Si vous avez donné vos esclaves en gage au créancier, celui-ci devra imputer d'abord sur les intérêts, ensuite sur le capital, tout ce qui a été acquis, et ce qui aurait pu l'être par le travail de ces esclaves.

Est tenu de la *culpa* et de la *diligentia*, le *conductor*. En effet, si une chose porte des fruits, et que l'usage de cette chose seulement ait été donné en location, la bonne foi et l'intention présumée des parties exigent que le *conductor* ait soin des fruits comme de la chose même (4).

Sont tenus de la *culpa* et de la *diligentia*, ceux qui se chargent de la gestion des affaires d'autrui. Donc le gérant d'affaires et le mandataire sont tenus de la *diligentia*. Si la mère a géré les affaires, dit la L. 24, C. IV, 32, comme elle est tenue de *omni diligentia*, elle devra aussi faire raison de l'intérêt des sommes qu'elle a détenuës; et la L. 15, § 1, D. XXII, 1, assimile à cet égard le man-

(1) L. 21, D. XVIII, 4. — Art. 1614 du Code civ.

(2) L. 2, § 5, D. XVIII, 4.

(3) L. 23, D. I, 17.

(4) L. 23, D. I, 17 — et L. 5, § 15, D. XIII, 6.

dataire au *negotiorum gestor*. Toutefois, d'après les textes analysés plus haut (n° 192), cela ne doit s'entendre que du mandataire qui a reçu un salaire et qui est censé promettre une habileté spéciale, et non de celui qui rend un service d'ami, et qui ne reçoit aucun salaire. D'un autre côté nous avons vu aussi que le gérant d'affaires qui n'entreprend la gestion que dans un moment d'urgence, et pour conserver des biens qui à défaut de toute gestion seraient gravement compromis, n'est tenu également que de la faute grave (1).

Celui qui gère une tutelle est aussi tenu de la *diligentia* (2); mais il ne faut pas confondre ici celui qui gère ainsi les affaires de la tutelle avec celui qui gère pour un tuteur; le dernier est tenu comme le tuteur lui-même; le premier est tenu comme un *negotiorum gestor*. Si, dit la L. 29, D. III, 5, le père a par son testament donné un tuteur à l'enfant posthume, que ce tuteur en attendant la naissance de l'enfant ait administré la tutelle et que l'enfant ne vienne pas à naître, il y aura lieu à l'actio *negotiorum gestorum*. S'il est venu à naître, il n'y aura lieu qu'à l'action de la tutelle pour l'époque qui a précédé la naissance, comme pour celle qui l'a suivie. C'est de cette *tutela negotiorum gestio*, qu'il est question à la L. 23, D. L, 17.

Enfin celui qui a promis une dot est aussi tenu de la *culpa* et de la *diligentia*, et cela à cause de la faveur que la loi attache à tout ce qui concerne les biens dotaux (L. 23, D. L, 17).

212. *De la prestation de la custodia*. — La *custodia*, qui est envisagée comme un *casus minor*, n'entre pas, en règle générale, dans les obligations des parties contractantes. Il serait difficile d'indiquer une règle sur laquelle puisse se fonder cette prestation; aussi dans aucun des textes généraux sur la matière, ni à la L. 5, § 2, D. XIII, 6, ni à la L. 23, D. L, 17, il n'en est fait mention. Sauf quelques cas, cette obligation n'existe guère que là où les parties l'ont stipulée. Ainsi le vendeur qui est tenu *ipso jure* de la *culpa* et de la *diligentia*, ne répond de la *custodia* que là où elle

(1) L. 3, § 9, D. III, 5. — Les art. 1992 et 1374 contiennent sur le mandat et la gestion, des dispositions analogues.

(2) L. 23, D. L, 17 : « *Tutela negotia gesta.* »

a été stipulée (1), et si le créancier gagiste et le *conductor rei*, outre la *culpa* et la *diligentia*, sont encore tenus de la *custodia* (2), c'est sans doute parce que les parties avaient coutume d'en faire une clause du contrat, clause qui a fini par être sous-entendue et par former le droit commun. Il en est de même de celui qui a reçu une chose sous estimation (3).

Enfin, sont encore tenus de la *custodia*, en vertu de l'édit du prêteur, les *nautae, caupones, stabularii* (4). De plus un décret d'Antonin le Pieux a aussi rendu responsable de la *custodia* les *locatores horreorum*, ceux qui ont donné en location les greniers de leurs maisons. Ils sont donc responsable de tout vol qui n'a pas été commis à main armée (5).

213. Quant à la preuve en matière de prestation de la faute, il est de principe que le dol ne se présume pas, d'où la conséquence que celui qui n'est tenu que de la faute grave ne doit rien prouver. Il faut qu'on établisse contre lui que la chose a été endommagée par une négligence que le commun des hommes ne commet point, ou par une négligence qu'il ne commet pas habituellement dans ses propres affaires.

Il en est autrement là où les contractants assument sur eux une diligence particulière, soit quant à la conservation de la chose (*culpa*), soit quant au *lucrum* et au *commodum* (*diligentia*), soit quant au vol ou à la fuite des animaux et des esclaves (*custodia*). Celui qui est tenu de la *culpa* doit prouver que le dommage a eu lieu par un événement qui ne lui est pas imputable, c'est-à-dire malgré les soins d'un bon père de famille; par exemple un vol a été commis et le détenteur prouve qu'il avait soigneusement fermé sa maison, mais qu'il y a eu effraction, ou que le vol a été commis à force ouverte ou par des moyens qui sont de nature à mettre en défaut la diligence de tout bon père de famille.

(1) § 2, Inst. III, 23.

(2) L. 13, § 1, D. XIII, 7. — L. 5, § 15, D. XIII, 6.

(3) L. 52, § 3, D. XVII, 2. — L. 5, § 13, 14, D. XIII, 6.

(4) L. 1, § 8, L. 3, § 2, D. IV, 9.

(5) L. 4, C. IV, 65.

Celui qui est tenu de la *diligentia* doit prouver qu'il a employé les soins d'un bon père de famille quant au *lucrum* et aux *commoda rei*.

Et enfin celui qui est tenu de la *custodia* doit prouver que la chose a été volée ou a disparu par force majeure, ou à la faveur d'un événement impossible à prévoir.

Toute la théorie de la preuve repose donc sur cette simple observation que celui qui n'est tenu que de la bonne foi ne doit rien prouver, et que celui qui a promis, ou est censé, en vertu de la nature du contrat, avoir promis quelque diligence spéciale, est tenu de la prouver, c'est-à-dire de montrer qu'il a satisfait à son obligation (1).

214. Quel est le système que le Code civil a consacré en matière de prestation de la faute ?

Nous y trouvons une seule règle énoncée en termes généraux, c'est celle de l'art. 1137, ainsi conçu : « L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter les soins d'un bon père de famille. » De là il suit : 1° qu'on n'est jamais tenu d'une diligence extrême correspondant à une *culpa levissima*; 2° que celui-là même qui retire seul toute l'utilité du contrat n'est tenu que des soins d'un bon père de famille. — Donc le système des trois degrés est nécessairement repoussé par le législateur français.

Cette disposition est en tous points conforme au droit romain; car comme l'article ne parle que de la conservation de la chose (*culpa*), il assimile les contractants qui cherchent dans le contrat leur utilité réciproque, à ceux qui retirent seuls toute l'utilité du contrat, ainsi que le font en pareil cas plusieurs textes du droit romain (2).

Mais l'art. 1137 requiert-il de la part du contractant même qui ne retire aucune utilité du contrat, tous les soins du bon père de famille, ou bien suffit-il qu'il se soit montré diligent comme il l'est

(1) L. 18, § 1, D. XXII, 3. — L. 1, § 18, D. XXVII, 8. — L. 21, D. XXII, 3. — L. 5, C. IV, 24. — L. 26 et L. 29, C. IV, 69. — Code civ., art. 1782, 1783, 1808.

(2) Gaius, III, § 206.

dans ses affaires? C'est cette dernière opinion qui est adoptée par quelques auteurs, entr'autres par Marcadé, qui pense que l'art. 1137 a émis une règle absolue, tandis que d'autres auteurs, tels que Duranton et Proudhon, infèrent du paragraphe de l'article 1137 que le Code n'a pas abrogé, mais a maintenu le système des trois degrés de la faute. — Ce paragraphe est ainsi conçu : « *Cette obligation (d'employer les soins d'un bon père de famille) est plus ou moins étendue* relativement à certains contrats, dont les effets à cet égard sont expliqués sous les titres qui les concernent. » Duranton et Proudhon, à cause des mots que nous avons soulignés, enseignent que le Code a maintenu le système des trois degrés. Mais on doit rejeter cette opinion sur cette seule remarque, que ce paragraphe se trouverait en opposition avec le commencement de l'article, car le système des trois degrés ne permet pas que la prestation soit la même, lorsque l'utilité du contrat est réciproque et lorsqu'elle existe exclusivement par l'un des contractants. Et quant au système de Marcadé, qui est conduit à dire : « Lors même que vous n'êtes obligé que pour mon intérêt, on ne restreindra pas votre responsabilité aux fautes lourdes et considérées *in concreto*, » il suffit de lire les art. 1927 et 1992, relatifs au dépositaire et au mandataire, pour se convaincre que de la part du contractant qui ne retire aucune utilité du contrat, le Code ne requiert que la faute grave. « Le dépositaire doit apporter dans la garde de la chose déposée, dit l'art. 1927, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent, » et l'art. 1992 porte : « Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. — Néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit, qu'à celui qui reçoit un salaire. »

Il résulte clairement de la combinaison de ces articles avec l'article 1137 que le Code, quant aux soins qui concernent la conservation de la chose, admet non pas une faute très-légère, mais une faute légère et une faute grave, dont l'une a pour limite les soins du bon père de famille, et l'autre les soins qu'on donne à ses propres affaires. Donc à cet égard le Code est en parfaite harmonie avec la véritable théorie du droit romain.

Quant à la *diligentia*, le Code n'établit aucun principe général, mais la comparaison des articles que nous avons signalés au n° 211, avec les textes du droit romain, prouve que si les dispositions du Code sont moins complètes que celles du droit romain, elles renferment cependant l'application des mêmes principes.

Enfin quant à la prestation de la *custodia*, les art. 1953 et 1954 rendent également les aubergistes et hôteliers « responsables du vol ou du dommage des effets du voyageur, soit que le vol ait été fait, ou que le dommage ait été causé par les domestiques et préposés de l'hôtellerie, ou par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie, » mais non du vol « fait avec force armée ou autre force majeure. »

Le Code n'a donc consacré aucun des systèmes que nous avons critiqués, et si sa théorie est moins complète que celle du droit romain, elle ne s'en écarte cependant pas essentiellement, d'où nous pouvons conclure qu'à défaut de dispositions expresses c'est au droit romain qu'il faudra recourir.

CHAPITRE XVII.

—

CERTAE ET INCERTAE OBLIGATIONES.

—

Sommaire.

- 215. Comment les obligations se divisent, eu égard à leur objet.
- 216. Obligations *certae* et *incertae*. — Sens historique et utilité pratique de cette division.
- 217. Suite. — A quelles conditions l'objet de l'obligation est suffisamment déterminé : a) Lorsque cet objet est une chose non fongible; b) lorsqu'il consiste en choses fongibles; c) lorsqu'il s'agit d'un fait.
- 218. De l'obligation d'un genre ou d'une alternative. — Le choix appartient généralement au débiteur. — Il n'en est autrement dans les legs que lorsque des espèces du genre légué, appartiennent à la succession.

219. Le débiteur d'une alternative ne perd pas le choix, s'il a payé les deux choses croyant qu'il devait l'une et l'autre. Il en serait autrement s'il en payait une seule, la croyant seule due; mais le débiteur d'une *species* qui aurait par erreur donné un objet, pourrait revenir sur son choix.
220. Qu'est-ce qui rend le choix définitif? — Distinguez trois cas : 1° Le débiteur a le choix *ipso jure*, 2° le créancier a le choix en vertu d'une clause spéciale, 3° le débiteur tient son choix d'une clause.
221. Le choix appartenant au créancier se transmet aux héritiers et au cessionnaire.
222. Aucune des deux parties ne saurait par son fait priver l'autre de son choix. Conséquences qui en résultent lorsque le créancier a le choix et que l'une des choses dues ou toutes deux périssent par sa faute. — *Quid* si elles périssent fortuitement?
223. Dispositions iniques du Code civil.
224. Lorsque le débiteur a le choix, il serait injuste que la perte fortuite profitât au créancier; l'estimation de la chose qui a péri fortuitement sera donc *in facultate solutionis*, tandis que la perte de l'une des deux choses, imputable au débiteur, le privera en règle générale de son choix.
225. Si le hasard ne peut priver le débiteur du choix ni améliorer la position du créancier, à plus forte raison celui-ci ne saurait par son fait enlever le choix au débiteur. — Conséquences qui en résultent.
226. Du cas où le créancier a le choix.
227. Différences entre l'obligation alternative, et l'obligation facultative, appelée aussi *jus alternativum*.
228. De la créance qui comprend alternativement des immeubles et des objets mobiliers.

215. Eu égard à leur objet, les obligations se divisent, 1° en *certae* et *incertae*, c'est-à-dire en obligations déterminées et obligations indéterminées; 2° en obligations d'une *species*, ou de plusieurs choses déterminées dues cumulativement, et obligations alternatives et génériques, c'est-à-dire obligations qui comprennent une chose incertaine parmi plusieurs choses certaines ou parmi un genre certain; et 3° en divisibles et indivisibles.

216. Les obligations *certae* et *incertae* se présentent en droit romain sous deux points de vue différents. Sous le point de vue historique cette division se rattache à la procédure et à la distinction des obligations, en *stricti juris*, et en *bonae fidei*. Nous n'en

dirons que quelques mots. — Toutes les obligations *stricti juris* étaient des obligations *certae*, c'est-à-dire ayant un objet si bien déterminé que la condamnation, s'il y avait lieu, ne laissait aucune prise à l'arbitrage du juge. De là dans les contrats *stricti juris* le fréquent usage de la clause pénale, par laquelle les parties, pour le cas de non exécution et lorsque l'objet de l'obligation était incertain, fixaient elles-mêmes à l'avance, le montant de la condamnation (1). Les obligations *bonae fidei* donnaient toujours lieu à l'arbitrage du juge. Les dommages et intérêts ne devaient pas être rigoureusement démontrés comme dans le *strictum jus*; le juge, contrairement à ce qui avait lieu dans le *strictum jus*, pouvait les fixer sur serment du demandeur; de plus des dommages et intérêts étaient encourus du chef de la demeure, et enfin l'*intentio* avait pour objet un *incertum*, que la bonne foi et l'arbitrage du juge devaient déterminer dans la condamnation (2).

La division des obligations en *certae* et *incertae* a une importance plus pratique, lorsqu'elle sert à résoudre la question de savoir quand l'objet d'une obligation est assez déterminé, et quand le défaut de détermination de l'objet primitif de l'obligation laisse une assez grande latitude au promettant, pour rendre par cela même sa promesse illusoire. Une obligation peut être incertaine, c'est-à-dire non déterminée, soit selon l'espèce, soit d'après la quantité, soit d'après la qualité, et cependant être valable. En règle générale, une obligation n'est nulle que lorsque ni l'espèce ni la qualité ne sont déterminées : *ubi non apparet quid, quale, quantumque est in stipulatione*, dit la L. 73, D. XLV, 1. Je stipule du froment, dit la L. 94, D. *eod.*; ni l'espèce, ni la quantité, ni la qualité ne sont déterminées : la stipulation est nulle. Il en est de même, d'après la L. 113, D. *eod.*, je stipule qu'une personne se présentera en justice, sans fixation du jour, ou que je stipule qu'on me construira une maison, sans désignation du lieu, ou qu'on me donnera un bien fonds, sans désignation de ce bien.

217. Cependant la solution complète de la question exige plus de détails, et rend quelques distinctions nécessaires.

(1) L. 63, D. XLV, 1. — Voyez le chap. de la *Clause pénale*.

(2) L. 3, L. 6, D. XII, 3.

1° Quand il s'agit de choses non fongibles, il faut que l'objet soit déterminé, ou bien *in specie* ou au moins selon le *genus* qu'on appelle *proximum*, et il faut en outre que ce *genus proximum* soit invariablement déterminé par la nature, et non par le fait ou la volonté de l'homme. Il suit de là que l'obligation serait nulle si son objet était déterminé seulement selon le *genus generalissimum*. Ainsi l'engagement qu'on aurait pris de donner une plante, un animal, serait censé non sérieux, et ne saurait avoir pour suite une condamnation aux dommages et intérêts, car le débiteur s'acquitterait même en donnant une chose sans valeur. L'obligation d'un *genus*, même *proximum*, serait encore nulle, si le *genus* était déterminé, non par la nature, mais par le fait ou la volonté de l'homme, comme dans l'obligation de donner une maison sans désignation de la situation, ou celle de donner un fonds sans désignation aucune. En effet, pareilles promesses sont dérisoires, et c'est pour ce motif que les L. 71, D. XXX, et L. 115, D. XLV, 1, les déclarent nulles.

Cependant le legs d'une maison ou d'un fonds, sans désignation de nom et de lieu, serait valable, si le testateur avait laissé dans sa succession une maison ou des maisons, un fonds ou des fonds; car c'est alors un des fonds ou une des maisons de la succession, qui est l'objet du legs (L. 71, D. XXX, *De legatis*).

L'obligation d'un *genus proximum* est valable dans tous les cas, pourvu que ce genre soit déterminé invariablement par la nature, indépendamment du fait de l'homme et par conséquent sans laisser prise à un arbitraire indéfini. Ainsi l'obligation de donner un cheval laisse bien au débiteur un choix qui diminue l'intérêt du créancier, mais l'intérêt n'en subsiste pas moins; le débiteur ne peut choisir qu'entre des espèces données, il ne dépend pas de lui de rendre son engagement dérisoire. Ainsi le décide la L. 57, D. XXX.

2° Quand l'obligation a pour objet des choses fongibles, *res quae pondere, numero aut mensura constant*, il faut qu'avec la chose même, la quantité soit déterminée pour que l'obligation soit valable.

Cependant la quantité est déterminée tacitement par les faits et

circonstances, lorsqu'un testateur lègue des choses fongibles dont il laisse une certaine quantité dans sa succession. Ce testateur sera alors censé avoir légué la quantité qu'il aura laissée à sa mort. Le motif en est que le testateur est censé léguer avant tout ce qu'il a, et qu'il faut interpréter le vague de la disposition de manière à ce que sa volonté ait de l'effet (1).

Mais s'il y avait promesse de choses fongibles sans désignation de la quantité, ou d'un bien fonds *non adjecto nomine*, il ne saurait en résulter d'obligation, le promettant eût-il en sa possession une certaine quantité des choses promises ou vendues. Les L. 7, D. XXXIII, 6, et 71, D. XXX, ne sauraient s'étendre aux conventions; la raison de ces lois est particulière aux legs, et d'ailleurs la L. 94, D. XLV, 1, repousse formellement une telle application extensive. Toutefois, d'après la même loi, la promesse d'une chose fongible, de froment par exemple, sans désignation de la quantité, serait valable, s'il résultait des pactes qui ont précédé la stipulation que les parties ont contracté en vue d'une quantité déterminée (2).

D'un autre côté, la quantité non déterminée par le titre, peut l'être ultérieurement, par un tiers en vertu du titre même. Dans les contrats commutatifs, par exemple dans la vente, dans le louage, le tiers doit être une personne déterminée, agréée à l'avance par les deux parties, sans quoi celles-ci pourraient ne point s'accorder sur le tiers appelé à fixer le prix, et resteraient par conséquent en désaccord sur le prix même, et ainsi il n'y aurait véritablement ni louage ni vente. Par la même raison, si le tiers a été désigné, mais qu'il ne fixe pas le prix, la vente est censée non avenue, car les parties pourraient ne pas s'entendre sur celui qui serait appelé à remplacer le tiers désigné (3). Par conséquent, la vente sans désignation du tiers arbitre est nulle, celle avec désignation du tiers est valable, mais conditionnelle.

Dans les legs, le tiers appelé à déterminer la quantité, peut être

(1) L. 7, D. XXXIII, 6. — La décision de la L. 71, D. XXX, repose sur les mêmes motifs.

(2) Voir L. 134, § 1, D. XLV, 1.

(3) L. 25, D. XIX, 2. — L. 14, C. IV, 38.

désigné ou ne pas l'être; et si étant désigné il ne détermine pas la quantité, il y a lieu à un *arbitrium boni viri*. L'héritier grevé peut lui-même être désigné pour déterminer la quantité du legs; il doit alors la déterminer, non pas selon son bon plaisir, mais comme ferait un tiers, comme ferait un *bonus vir* (1).

La dot jouit de la même faveur que les legs. Bien qu'en matière de contrat, le défaut de détermination de la quantité empêche en général le lien obligatoire, cependant celui qui promet une dot, *prout arbitratus fuerit*, est obligé, et devra constituer la dot, non pas selon son plaisir, mais *arbitrio boni viri*, c'est-à-dire selon sa fortune et selon la dignité du mari (2). Il y a plus, la promesse faite par un ascendant que la loi oblige à constituer une dot, est toujours valable, lors même que la dot serait déterminée *vi legis* selon la fortune de l'ascendant et la condition du mari (3).

1° Lorsque l'objet de l'obligation consiste dans un *facere*, il faut que le fait soit déterminé de telle sorte que le créancier ait intérêt à ce que le fait s'exécute, car l'exécution d'une obligation qui consiste dans un *facere*, n'étant pas susceptible d'une contrainte directe, n'a pour sanction que la condamnation aux dommages-intérêts, d'où il suit que l'obligation d'un *facere* manque de toute sanction, lorsque le créancier n'a pas d'intérêt. Celui qui stipule qu'on lui bâtira une maison, dit la L. 93, D. XLV, 1, n'acquiert une obligation que s'il a déterminé le lieu de la construction, et s'il a intérêt à ce que la maison soit construite au lieu désigné. Donc la promesse d'un fait à l'exécution duquel le créancier n'a aucun intérêt appréciable, n'est pas juridiquement obligatoire : telle serait la promesse d'accompagner une personne en voyage.

218. Les obligations d'un genre ou d'une alternative, quoique incertaines, sont valables, parce que la chose incertaine qu'elles comprennent doit être prise parmi un genre certain limité par la

(1) L. 11, § 7, D. XXXII; — L. 1, § 1, D. XXX.

(2) L. 3, C. V, 11. — La L. 1, C. *eod.* n'est point contraire à la L. 3, car elle se rapporte à une promesse de dot sans désignation de la quantité, il est vrai, mais où en même temps il n'y a nulle mention d'un arbitrage quelconque.

(3) L. 69, § 4, D. XXXIII, 3.

nature, ou parmi des choses certaines. En général dans cette obligation, c'est le débiteur qui a le choix de l'objet et non pas le créancier (1), à moins que celui-ci ne se le soit réservé. Cette réserve peut d'ailleurs se faire, soit directement comme à la L. 112, D. XLV, 1, soit indirectement comme à la L. 93, D. *cod.*; où elle résulte implicitement des termes de la stipulation : *per te non fieri quominus hominem ex his quos habes, sumam?*

Mühlenbruch ajoute qu'en matière de legs, c'est cependant le légataire, le créancier qui a le choix (2). Avec Donelles et Vinnius nous pensons que cette opinion est erronée. Il est une règle d'interprétation générale, c'est que dans le doute il faut se prononcer en faveur du débiteur (3); donc en règle générale et en l'absence de stipulations contraires, c'est le débiteur qui a le choix. En matière de legs cependant, il faut en convenir, cette règle ne peut être appliquée qu'avec réserve, car l'intention de préférer quant à la chose léguée, le légataire à l'héritier, c'est-à-dire le créancier au débiteur, peut se présumer facilement, et dans ce cas on doit dire que le choix appartient au légataire. Mais si cette présomption est quelquefois légitime, les textes prouvent qu'elle ne l'est pas toujours, et qu'en règle générale le choix appartient au débiteur, c'est-à-dire à l'héritier, au grevé.

Si le testateur laisse dans la succession des choses du genre de celles qu'il a léguées, le légataire aura le choix. D'après la L. 71, D. XXX, lorsqu'une maison est léguée sans désignation ultérieure, l'héritier est obligé de donner telle maison que le légataire choisit parmi celles qui se trouvent dans la succession, et si le testateur ne laisse pas de maison, le legs est dérisoire. Mais la présomption en faveur du légataire cesse et l'on rentre dans la règle, lorsque le testateur n'a pas laissé dans sa succession des choses comprises sous le genre qu'il a légué. Alors la position de l'héritier du grevé serait par trop difficile, si le légataire devait con-

(1) L. 34, § 6, D. XVIII, 1; — L. 10, § 6, D. XXIII, 2; L. 106, D. XLV, 1.

(2) *Doctr. Pand.*, § 357. — Il invoque à la note 6 les L. 108, § 2, D. XXX, et 2, § 1, D. XXXIII, 5.

(3) L. 125, D. L, 17.

server le choix, car il aurait pour ainsi dire un choix indéfini. Ce sera donc l'héritier, le grevé, le débiteur qui aura le choix, d'après la règle générale. Les L. 3 et 4, D. XXXIII, 6, le décident de la manière la plus formelle. D'après la L. 3, lorsqu'une certaine quantité de vin a été léguée et que le testateur n'a pas laissé de vin dans sa succession, l'héritier achètera tel vin que bon lui semblera, pourvu que le vin ne soit pas aigre. La L. 4 porte la même décision pour un legs d'une quantité d'huile.

Donc on arrive à cette distinction : si des espèces du genre légué se trouvent dans la succession, c'est le légataire qui a le choix; s'il ne s'en trouve pas, c'est l'héritier; distinction qui résulte encore des termes de la L. 108, § 2, D. XXX. Un esclave ayant été légué à Titius, l'on demande si le choix appartient à l'héritier ou au légataire, et le jurisconsulte répond que celui-là a le choix, qui a le choix des actions, c'est-à-dire le légataire : *electionem ejus esse, cui potestas sit quâ actione uti velit, id est legatarii*. Qu'est-ce à dire? Que la loi suppose nécessairement que des espèces du genre légué se trouvent dans la succession, sans quoi le légataire n'aurait pas le choix des actions, c'est-à-dire le choix entre la revendication et l'action personnelle *ex testamento*. Si aucune espèce ne se trouvait dans la succession, le légataire n'aurait qu'une action personnelle contre l'héritier et alors, d'après les lois que nous venons de voir, l'héritier aurait le choix. C'est donc parce que le légataire peut non seulement agir *ex testamento*, mais encore intenter la revendication, en d'autres termes, parce que le testateur a laissé dans sa succession des espèces du genre légué, que le légataire a le choix.

Il demeure donc établi qu'en règle générale le débiteur a le choix, et que cela est vrai des legs comme des contrats, à moins cependant que des espèces du genre légué ne se trouvent dans la succession. Du reste, en matière de legs, soit que l'héritier ait le choix soit qu'il appartienne au légataire, l'héritier ne pourra donner la chose de la dernière qualité, ni le légataire prendre la meilleure, à moins que le legs ne soit un *legatum optionis* (1).

(1) L. 37, D. XXX.

De ce qu'en règle générale c'est le débiteur qui a le choix, il suit que si une caution a fait le paiement sans profiter du bénéfice du choix, elle subira cette perte, et que le débiteur principal se libérera envers elle, sur l'*actio mandati*, en lui donnant ce avec quoi il aurait pu se libérer envers le créancier (1).

219. Le choix, qui naturellement appartient au débiteur, lui est conservé, dit Mühlenbruch, alors même que par erreur il a payé plus qu'il ne devait; c'est-à-dire que si le débiteur d'une alternative croyant devoir l'un et l'autre objet, les paie tous deux, il pourra redemander par la *condictio indebiti*, celui des deux objets qu'il voudra, et aura par conséquent conservé son choix jusqu'à ce moment (2). Avant Justinien ce point était controversé. Quelques-uns, par le motif que le créancier qui a reçu les deux choses est à son tour devenu débiteur, voulaient lui laisser le choix; mais la nature de la *condictio indebiti* repoussait cette opinion. La *condictio indebiti*, en tant que le défendeur demeure enrichi, a les effets d'une restitution en entier; autant que possible les choses doivent être remises dans l'état qui a précédé le paiement; donc aussi le débiteur qui a payé trop, conserve le choix. Tel est le principe qui a été consacré par Justinien, conformément à l'opinion de Julien et de Papinien.

Si cependant au lieu de payer deux choses par erreur, tandis qu'il ne devait que l'une ou l'autre alternativement, le débiteur d'une alternative payait une chose, croyant qu'il la devait seule, et se privait ainsi du choix, ce serait le cas d'appliquer la L. 19, D. XXXI, et alors le débiteur ne pourrait revenir sur son choix, car comme la chose payée était *in obligatione*, le créancier n'aurait pas reçu ce qui ne lui était pas dû; il y aurait bien erreur mais pas *solutio indebiti*; or, il faut à la fois erreur et *indebitum* pour qu'il y ait lieu à la *condictio*. C'est pourquoi la L. 19 ne permet pas au débiteur de revenir sur son choix, de même qu'il ne serait pas permis au créancier de revenir sur sa demande, si ayant le choix entre deux objets, il réclamait par erreur l'un des deux comme exclusivement dû.

(1) L. 52, D. XVII, 1.

(2) L. 10, C. IV, 5.

La L. 52, § 5, D. XII, 6, prouve qu'il en serait autrement si le débiteur d'un genre, se croyant débiteur d'une *species*, payait cette *species*. Dans ce cas il pourrait revenir sur le paiement et être réintégré dans son choix, car lorsqu'un genre est dû on ne peut pas dire que telle chose déterminée le soit, comme cela peut se dire si plus de deux choses sont désignées alternativement dans la stipulation (1).

220. Le choix, qu'il appartienne au débiteur ou au créancier, ne peut être exercé qu'une seule fois, à moins qu'il n'ait été stipulé d'une manière indéfinie. Mais par quels actes le débiteur et le créancier sont-ils censés avoir exercé leur choix ? Pour la solution de cette question nous devons distinguer trois cas : 1° celui où le débiteur a le choix *ipso jure*, 2° celui où le choix appartient au créancier, en vertu d'une stipulation, et 3° le cas où le choix est au débiteur en vertu d'une stipulation.

1° Le choix que le débiteur tient de la nature même de son engagement ne devient définitif que par le paiement. En effet, lorsque le débiteur promet telle ou elle chose, *illud vel illud dari*, le créancier ne peut pas demander une chose déterminée, et le jugement, qui ne peut aller au-delà des conclusions prises par le demandeur, ne saurait le priver de son choix. Il suit de là que le débiteur n'épuisera son choix que par le paiement. La L. 158, § 1, D. XLV, 1, porte : *Cum pure stipulatus sum illud aut illud dari, licebit tibi quoties voles mutare voluntatem in eo quod praestaturus sis*, et la L. 106, D. eod., énonce le principe d'une manière encore plus précise : *tamdiu autem voluntas promissoris in pendenti est, quamdiu id quod promissum est solvatur*.

Ces principes expliquent la décision de la L. 26, § 15, D. XII, 6. J'ai promis, dit cette loi, de donner Stichus ou dix; je paie cinq : suis-je privé de mon choix, ou bien ai-je conservé le choix que j'avais primitivement et puis-je encore répéter les cinq pour payer Stichus ? La loi décide que par le paiement de cinq mon choix n'est pas périmé, et que la question de savoir si à vrai dire il y a

(1) Compar. VANGEROW, III, p. 18, pour le cas de solidarité dans l'obligation alternative.

paiement de la dette, est en suspens et demeure subordonnée à mon choix. Je pourrai me libérer ou en payant les autres cinq et en épuisant mon choix, ou en payant Stichus. Ce n'est donc ni une déclaration implicite, ni une déclaration expresse, ni le paiement partiel de l'une ou de l'autre chose due, qui fera perdre le choix au débiteur, mais seulement le paiement intégral éteignant l'obligation et rendant le créancier définitivement propriétaire.

Cependant la L. 84, § 9, D. XXX, paraît contraire à ce principe. Un testateur lègue Stichus ou Pamphilus en attribuant formellement le choix à l'héritier; l'héritier déclare au légataire qu'il veut donner Stichus; celui-ci vient à mourir, et la loi décide que l'héritier sera libéré; car, dit-elle, après avoir fait son choix il ne pouvait plus en revenir. Voilà donc que dans un legs le choix est devenu définitif avant le paiement et par la seule déclaration du débiteur. Comment concilier ce texte avec les lois précédentes? D'abord demandons-nous ce qui dans le legs de Stichus ou de Pamphilus, a empêché le légataire de devenir propriétaire de l'objet dû, dès l'ouverture du legs. C'est le choix laissé à l'héritier. Mais ce choix laissé à l'héritier par une disposition expresse, prouve à lui seul que Stichus et Pamphilus se sont trouvés dans la succession. Or celui qui accepte le legs d'une chose qui se trouve dans la succession, en devient propriétaire à partir de l'ouverture de l'hérédité. Le choix laissé à l'héritier était donc, dans l'espèce de la L. 84, le seul obstacle au transport immédiat de la propriété sur la tête du légataire, et cet obstacle étant levé par le simple choix de l'héritier, la propriété passe immédiatement au légataire, et dès lors l'héritier se trouve lié par ce choix, même avant le paiement; car le légataire étant devenu propriétaire ne peut plus être dépouillé de sa propriété malgré lui. Le simple choix de l'héritier équivaut donc ici au paiement quant au transport de la propriété, et c'est par ce motif qu'il est irrévocable.

Il faut remarquer cependant que si une seule et même cause produit plusieurs obligations distinctes qui se renouvellent chaque année, comme il arrive dans le legs annuel, et dans les dispositions entre vifs qui ont pour objet des prestations restreintes à une personne déterminée avec laquelle le droit s'éteint, le débiteur

pourra chaque année varier dans son choix. C'est la règle que nous donne la L. 21, § 6, D. XIX, 1, dans l'espèce que voici : Une personne s'est réservé dans la vente d'une maison, l'habitation aussi longtemps qu'elle vivra, ou bien 10 que l'acheteur lui paiera chaque année. La première année celui-ci a préféré payer 10; la deuxième il a préféré prêter l'habitation, et Trébatius décide que chaque année il est libre de varier dans son choix.

1° Lorsque le créancier a le choix, peut-on dire de lui comme du débiteur, que ce n'est que le paiement qui fixe le choix invariablement? — On résoudra cette question en considérant que le créancier ne peut tenir son choix que d'une clause expresse. Il faut donc avant tout, comme le décide la L. 112, D. XLV, 1, fixer son attention sur les termes mêmes de cette clause. D'après ces termes, il se peut que par le choix une fois déclaré, *si semel elegerit*, le droit d'élection soit épuisé; il se peut aussi que malgré une déclaration du créancier renfermant élection, le choix demeure encore libre. La L. 112 établit à cet égard une différence entre les termes *cum voluero* et *cum volam*. Si j'ai stipulé Stiehus ou Pamphilus, dit cette loi, et que je me sois réservé le choix dans les termes *cum voluero*, mon choix une seule fois exprimé aura épuisé mon droit d'élection. Si au contraire j'ai stipulé le choix dans les termes *cum volam*, qui indiquent un choix indéfini, je conserverai la liberté de mon choix jusqu'à la litiscontestation, qui dans tous les cas le fixera d'une manière irrévocable. En effet, le créancier ne saurait intenter son action sans en même temps exercer son droit d'élection. Or la litiscontestation est une novation nécessaire qui fixera invariablement le choix, s'il ne l'a déjà été auparavant.

2° Lorsqu'une clause expresse a attribué le choix au débiteur, cette clause ne peut rien ajouter au droit que le débiteur tenait déjà de la forme de la stipulation même, mais elle peut au contraire, suivant les termes dans lesquels elle est exprimée, donner à ce choix des limites que sans la clause il n'aurait pas eues. La L. 138, § 1, D. XLV, 1, indique cette différence en disant : *quia diversa est causa voluntatis expressae, et ejus quae tacite inest*. Le choix qui résulte d'une clause, pourra donc, suivant les formes de

la clause, lier le débiteur par une simple déclaration et dès avant le paiement, tandis que le choix non stipulé demeure intaet jusqu'au paiement, à moins qu'il n'y ait eu novation.

221. Le principe que le droit d'élection ne s'éteint pas par la mort, mais se transmet aux héritiers, est consacré par la L. 75, § 3, D. XXX, dans l'espèce que voici. Un testateur lègue une créance alternative, dans laquelle le testateur créancier s'était réservé le droit d'élection. Ce legs a pour effet d'obliger l'héritier à céder l'action au légataire qui exercera le choix : *tenebitur heres ut praestet legataria actionem, electionem habituro*. Il en résulte 1° que le choix stipulé par le créancier passe à l'héritier avec la créance, puisque sans cela l'héritier n'aurait pas pu céder au légataire l'action avec le choix; 2° que le choix aussi passe au cessionnaire, puisque c'est par cession que le légataire acquiert la créance et le droit d'élection qui y est attaché.

Il est deux textes qui pourraient paraître contraires à ces principes. La L. 76, D. XLV, 1, porte : Lorsque j'ai stipulé deux choses alternativement, en me réservant le choix, ce choix est personnel; c'est pourquoi, si le fils de famille ou l'esclave stipule en se réservant le choix, eux seuls pourront l'exercer; mais l'obligation passe aux héritiers, alors même que le stipulant, c'est-à-dire le maître, est mort avant que le choix ait été exercé. D'autre part la L. 141, D. XLV, 1, est ainsi conçue : Lorsque mon esclave ou mon fils sous puissance a stipulé telle ou telle chose en réservant le choix, ce ne sera pas moi, ce sera le fils ou l'esclave qui l'exercera.

Ces deux textes ne prouvent cependant rien contre le principe que le choix du créancier passe à son héritier et à son cessionnaire. Ils décident bien que le choix stipulé par l'esclave ou le fils de famille doit être exercé par eux et non par le maître; mais il y est aussi reconnu que l'obligation passe aux héritiers. Or, le choix inhérent à l'obligation doit se transmettre avec elle; et si lorsque l'esclave a stipulé un choix, ce choix doit être exercé par l'esclave, c'est là uniquement une conséquence de ce principe général que les choses qui consistent *in facto*, ne passent pas de l'esclave au maître (L. 44, D. XXXV, 1), exception qui ne détruit pas la règle

de la transmission du choix aux héritiers et aux cessionnaires.

En résumé donc : stipulé par le créancier, le choix est inhérent à la demande et appartient à celui qui a le droit d'agir, par conséquent aussi aux héritiers et aux cessionnaires; appartenant au débiteur, le choix est inhérent au paiement et s'exerce par celui qui doit payer.

Telles sont les règles qui dominent toute cette matière.

222. Aucune des deux parties qui se trouvent dans le lien de l'obligation, ne saurait par son fait ni par une faute imputable priver l'autre du choix qu'elle tient, soit de la forme du contrat même, soit de la clause qui y est insérée.

Ainsi, dans l'hypothèse où le choix a été stipulé au profit du créancier, si le débiteur laisse périr l'une des deux choses par sa faute, et il y a toujours faute lorsqu'il a été constitué en demeure, le créancier pourra réclamer soit la chose qui reste, soit l'estimation de celle qui a péri, et cette estimation, pour maintenir au créancier son choix, prendra de plein droit la place de la chose que le débiteur a fait ou laissé périr : *aestimatio succedit in locum rei*. Si les deux choses périssent par le fait ou la faute du débiteur, le créancier pourra par le même motif choisir entre les deux estimations.

Si les deux choses ont péri fortuitement, l'obligation sera éteinte. Si l'une des deux choses a péri fortuitement, l'autre seule demeurera *in obligatione*, et le hasard aura privé le créancier du choix. Si l'une des choses a péri fortuitement, l'autre par la faute du débiteur, le hasard aura encore réduit le choix du créancier; d'où il suit qu'il ne pourra demander que l'estimation de la chose qui a péri par la faute du débiteur.

223. Le Code civil, en rejetant cette dernière règle à l'art. 1194, pour assimiler le cas où l'une des choses seulement a péri par la faute du débiteur, à celui où toutes les deux ont péri par sa faute, et conserver au créancier, dans l'un et l'autre cas, le choix entre les deux estimations, s'est écarté de l'équité; car le débiteur déjà directement frappé par la perte de la chose, ne devrait pas être responsable de la perte que le créancier fait de son choix, puisque si l'une des choses dues avait été conservée, le créancier aurait

cependant été privé de la faculté de choisir entre cette chose et l'estimation de l'autre. En équité, le débiteur ne doit que l'estimation de la chose qui a péri par sa faute, estimation qui à l'instant prend la place de la chose même, d'où il suit aussi qu'au cas où l'autre chose périt par hasard, l'obligation ne sera pas éteinte, mais seulement réduite à une obligation pure et simple.

224. Lorsque le débiteur a le choix, la perte fortuite de l'une des choses est bien supportée par le débiteur, mais elle ne le prive pas du choix, car si elle l'en privait, tout en le frappant elle profiterait au créancier. C'est pourquoi la L. 47, § 3, D. XXX, reconnaît en pareil cas au débiteur la faculté de se libérer en donnant la chose qui reste, ou, s'il l'aime mieux, l'estimation de celle qui a péri. Toutefois il ne faut pas en conclure que l'obligation demeure alternative et que l'estimation succède ainsi *in locum rei*; l'estimation ne sera pour le débiteur que *in facultate solutionis*, l'obligation sera de fait devenue une obligation *speciei*, et par conséquent s'éteindra si l'autre chose périt aussi par un cas fortuit. C'est ce qui fait dire que dans l'obligation alternative la première chose périt pour le débiteur, la deuxième pour le créancier. La perte fortuite de l'une des deux choses, laisse l'autre seule *in obligatione*, et l'estimation de celle qui a péri, est pour le débiteur *in facultate solutionis* (1).

Si les deux choses périssent fortuitement, l'obligation est éteinte. Si l'une des choses périt par la faute du débiteur et que l'autre reste, cette dernière seule sera due. Seule elle sera *in obligatione*, seule elle pourra être demandée, seule elle devra être payée par le débiteur. L'obligation alternative est convertie en obligation *speciei*. La chose qui a péri par faute du débiteur n'est pas remplacée par l'estimation comme au cas où le créancier a le choix, parce que dit la L. 93, § 1, D. XLVI, 3, la subrogation de l'estimation en place de la chose que le débiteur a laissée périr est introduite non pas en faveur du débiteur pour lui laisser la *facultas solutionis*, mais en faveur du créancier pour conserver à celui-ci le choix que le fait du débiteur ne saurait enlever.

(1) Le Code civil, art. 1193, n'a pas laissé au débiteur cette faculté que lui attribuait la L. 47, § 3, D. XXX.

Si les deux choses ont péri par la faute du débiteur, c'est l'estimation de celle qui a péri en dernier lieu qui demeurera due, car d'après ce qui précède, c'est celle-là qui est restée *in obligatione*; de celle-là seule il devra donc répondre.

Lorsque l'une des deux choses a péri par la faute du débiteur, l'autre par cas fortuit, nous aurons à distinguer. Si la chose dont la perte est imputable au débiteur, a péri la première, *stricto jure* l'obligation serait éteinte, car la première perte, imputable au débiteur, convertit l'obligation alternative en obligation d'une *species*, et la perte fortuite de la *species* éteint l'obligation. Toutefois, comme le débiteur qui a laissé périr d'abord l'une des choses dues, a par son fait augmenté le risque et péril du créancier, il s'ensuit qu'en équité une pareille négligence ou un pareil dol, doit donner lieu à une réparation, car enfin si le débiteur n'avait pas laissé périr l'une des choses par sa faute, cette chose au moins pourrait être demandée par le créancier. De là il suit que si l'obligation alternative a sa cause dans un *negotium stricti juris*, dans une stipulation, le créancier aura l'*actio doli*; mais pour simple faute, pour négligence, il sera sans recours : *Sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur*, dit la L. 95, § 1, D. XLVI, 3. Si au contraire l'obligation a sa cause dans un contrat ou quasi-contrat de bonne foi, le créancier, au cas où l'une des choses a péri fortuitement après que l'autre avait déjà péri par la faute du débiteur, pourra toujours réclamer les dommages et intérêts; mais le débiteur, que la chose la plus précieuse ait péri en premier ou en dernier lieu, satisfera à l'obligation en payant l'estimation de la moindre chose, puisque le créancier aurait dû se contenter du prix de celle-ci, si la plus précieuse n'eût pas péri. En effet, nous avons montré plus haut que si l'une des choses périt par hasard, l'estimation de cette chose, quoique l'autre seule demeure *in obligatione*, est *in facultate solutionis*.

Si la chose dont la perte est fortuite a péri la première, la seconde seule demeure *in obligatione*. Donc si elle périt par la faute du débiteur, ce sera l'estimation de celle-ci seule que le créancier pourra réclamer. Mais le débiteur ne pourrait-il pas se libérer en

offrant l'estimation de la première? Je le pense par le motif qu'il l'aurait pu si la seconde n'avait point péri.

225. Si d'après ce qui vient d'être dit, le hasard ne saurait priver le débiteur du choix, ni améliorer la condition du créancier, à plus forte raison le créancier ne saurait-il par son fait priver le débiteur de son choix, ni améliorer sa propre position. En voici les conséquences :

1° Si l'une des choses périt par le fait du créancier, l'autre seule sera due et restera *in obligatione*, et le débiteur aura contre le créancier l'action aquilienne, qui à cause du choix du débiteur comprendra l'estimation de la chose que le créancier a fait périr, si elle vaut plus que celle qui reste, ou l'estimation de cette dernière si celle-ci vaut davantage. Si je dois Stichus qui vaut 10, ou Pamphilus qui vaut 20, dit la L. 35, D. IX, 2, et que le créancier ait fait périr Stichus, le débiteur pourra réclamer 20, quoique Stichus ne vaille que 10, car pour le débiteur Stichus valait 20, puisqu'en le donnant il aurait pu conserver Pamphilus. Ou doit admettre aussi qu'en pareil cas le débiteur, au lieu de donner la chose qui reste, pourrait compenser avec sa dette ce qui lui est dû par le créancier du chef de la chose que ce dernier a fait périr, car si l'une des choses avait péri par cas fortuit, le débiteur aurait eu la *facultas solutionis* entre la chose qui reste et l'estimation de celle qui a péri, quoique la chose restante demeurât seule *in obligatione*; par conséquent il doit avoir cette faculté lorsque l'une des choses a péri par le fait du créancier, et de là son droit de compensation.

2° Si les deux choses avaient péri par le fait du créancier, l'obligation serait éteinte; mais comme le débiteur devait l'une des choses, à son choix, il ne pourra réclamer les dommages-intérêts que de l'une des choses que le créancier a fait périr, mais en cela il conserve le choix.

3° Si l'une des deux choses périt premièrement par le fait du créancier, l'autre par le hasard, l'obligation sera éteinte, le débiteur ne devra rien, car par la perte de la première qui ne lui est pas imputable, il était devenu *debitor speciei*; donc la perte fortuite de la *species* doit le libérer. Mais comme par le fait du créancier,

le débiteur avait acquis l'*actio ex lege Aquilia*, cette action lui demeure acquise pour obtenir la valeur de la chose qui a péri premièrement par le fait du créancier. Telle est la décision à laquelle on arrive si l'on fait abstraction de ce qu'il y a de pénal dans les dispositions de la loi *Aquilia*; mais eu égard à cette loi qui permet de réclamer l'estimation la plus forte de la chose pendant l'année, la L. 55, D. IX, 2, laisse au débiteur le droit de demander le prix même de l'esclave qui a péri par hasard. Si le créancier a fait périr Stichus qui vaut 10, le débiteur pourra réclamer le prix de Pamphilus qui vaut vingt, quoique Pamphilus soit mort après, parce qu'au moment où le créancier a fait périr Stichus, celui-ci valait 20 pour le débiteur; tel est le sens de ces mots par lesquels le jurisconsulte supposant Stichus mort par le fait du créancier, se demande : *et quid dicemus si et Pamphilus decesserit. Jam pretium Stichi minuetur quoniam liberatus est promissor?* (1) *Et sufficet fuisse pluris quum occideretur, vel intra annum.* Que le prix de Stichus qui vaut vingt à cause de Pamphilus, reste réduit à sa valeur, à dix, c'est ce que le jurisconsulte n'admet pas, à cause de la loi *Aquilia*, mais c'est ce que nous devrions admettre d'après notre droit où les dispositions pénales de la loi *Aquilia* n'existent plus (2).

« Si l'une des choses a péri premièrement par hasard, et que l'autre ait péri ensuite par le fait du créancier, il est d'abord certain que le débiteur sera libéré, mais le créancier qui a fait périr une chose que le débiteur aurait pu garder en payant l'estimation de celle que le hasard avait fait d'abord périr, a causé un dommage au débiteur, si la chose qui a péri par le hasard valait moins que celle qui a péri par le fait du créancier, et cette différence, le débiteur pourra la poursuivre par l'action *ex lege Aquilia*.

226. Que faudrait-il décider dans les trois hypothèses que nous venons d'examiner, si le créancier avait le choix?

1^{re} Si l'une des choses dues alternativement au choix du créancier

(1) Remarquez qu'il faut ici le signe d'interrogation, quoique plusieurs éditions aient un point.

(2) Compar. VANGEROW, III, p. 25.

périt par son fait, il peut sans doute se l'imputer en paiement, et écarter par là l'action en dommages et intérêts du débiteur; mais est-il forcé de se l'imputer, et ne peut-il pas en offrant les dommages et intérêts, réclamer la deuxième chose? Il le peut sans doute, il suffit que le débiteur soit indemnisé (1).

1° Si les deux choses ont péri par le fait du créancier, celui-ci imputera en paiement celle des deux choses qu'il voudra, mais il devra l'estimation de l'autre au débiteur.

2° Si l'une périt premièrement par le hasard, l'autre par le fait du créancier, l'obligation est éteinte, et le débiteur et le créancier sont quittes l'un envers l'autre.

3° Enfin si l'une périt premièrement par le fait du créancier, l'autre par le hasard, l'obligation est également éteinte, et le créancier doit s'imputer en paiement la première parce que le hasard a anéanti son droit d'élection (2).

227. Avec l'obligation alternative dont nous venons de voir les effets, il ne faut pas confondre l'obligation facultative, ou, comme quelques auteurs allemands l'appellent, la *facultas alternativa* ou *jus alternativum*. Dans l'obligation alternative toutes les choses sont *in obligatione*, d'où il suit : 1° que si l'une périt par hasard, l'autre ou les autres restent dues, et que par conséquent tant qu'un des objets compris sous l'alternative existe, l'obligation existe. Dans l'obligation dite facultative il en est autrement; celle-ci est une véritable *obligatio speciei*, c'est-à-dire qu'il n'y a qu'une chose *in obligatione*, l'autre est, comme disent les textes, *in facultate solutionis*. Si je m'oblige à livrer tel cheval ou, si je l'aime mieux, mille francs, il n'y a qu'une chose qui soit due par moi, il n'y a qu'une chose qui soit *in obligatione*, c'est le cheval; les mille sont *in facultate solutionis*; d'où il suit que si le cheval périt sans ma faute, mon obligation est éteinte, tandis que l'obligation subsisterait si j'avais promis de donner la chose ou mille.

2° Comme dans l'obligation alternative toutes les choses sont *in obligatione*, il s'ensuit que le créancier, en supposant qu'il ne se

(1) Arg. de la L. 33, D. IX, 2.

(2) Compar. ZIMMERN, Archiv. I, p. 323.

soit pas réservé le choix, doit demander indéterminément l'une ou l'autre, laissant ainsi le choix au débiteur. Dans l'ancien droit et avant Zénon, s'il s'écartait de cette règle, il tombait hors de cause sans pouvoir renouveler sa demande (§ 53, Inst. IV, 6). Au contraire, dans l'obligation facultative le créancier doit demander une seule chose, celle qui est *in obligatione*, et ne pourrait demander l'autre.

Comme l'obligation de l'acheteur qui a acheté à moins de sept douzièmes du prix, est une obligation facultative, puisqu'elle consiste à restituer la chose contre le prix payé, si toutefois l'acheteur n'aime mieux parfaire le juste prix (L. 2, C. IV, 44), il s'ensuit que le vendeur lésé ne peut pas agir à l'effet d'obtenir le supplément de prix, mais doit agir en rescision, c'est-à-dire, redemander la chose en offrant la restitution du prix qu'il a reçu; il s'ensuit encore que si la chose périssait fortuitement, le vendeur ne pourrait pas demander la différence entre le prix reçu et le juste prix; l'obligation de l'acheteur serait éteinte.

L'obligation qui incombe au tiers possesseur d'un objet hypothéqué de laisser suivre cette chose au créancier, si le possesseur n'aime mieux le satisfaire, est également une obligation facultative (L. 16, § 3, D. XX, 1).

Il en est de même de l'action noxale; le possesseur détenteur de l'animal ou de l'esclave qui a causé le dommage, est obligé de céder le *corpus noxium* à celui qui a été lésé, s'il n'aime mieux réparer le dommage (L. 1, D. IX, 4).

Enfin l'obligation alternative dont l'une des choses a péri fortuitement, est aussi facultative, c'est-à-dire que virtuellement elle est devenue *obligatio speciei*, de telle sorte que le débiteur doit livrer la *species* qui reste, s'il n'aime mieux payer l'estimation de la chose qui a péri fortuitement; donc si la chose qui reste périt aussi, il est complètement libéré comme tout débiteur d'une *species*.

288. La différence entre l'obligation facultative et l'obligation alternative, a acquis en droit français un nouveau degré d'importance que lui a donné la distinction fondamentale des biens en meubles et immeubles. Dans l'obligation facultative le droit sera

mobilier ou immobilier dès le principe, suivant la nature mobilière ou immobilière de la chose qui est *in obligatione*, la règle étant pour les créances : *mobile quod tendit ad mobile, immobile quod ad immobile*. Dans l'obligation alternative, si un des objets dûs est mobilier, et l'autre immobilier, l'obligation est nécessairement incertaine et la nature du droit ne se détermine que par le paiement si le débiteur a le choix, et par la demande s'il appartient au créancier. Cependant le choix rétroagit, c'est-à-dire que si le débiteur paie un meuble, l'obligation sera censée avoir été mobilière dès le principe, d'où il suit que si l'un des futurs époux possédait une créance alternative comprenant un immeuble ou 10,000, puis contractait mariage sous le régime de la communauté, et qu'ensuite le débiteur payât les 10,000, ils tomberaient dans la communauté, tandis que s'il donnait en paiement la maison, elle serait bien propre. Il en serait autrement si les 10,000 n'avaient été pour le débiteur que *in facultate solutionis*. Dans ce cas comme la maison serait seule *in obligatione*, la créance resterait en-dehors de la communauté, et si le débiteur usant de la *facultas solutionis* payait les 10,000, ils ne pourraient entrer dans la communauté qu'à charge de récompense.

Si deux choses étant dues alternativement, l'une mobilière, l'autre immobilière, le créancier lègue à tel ses meubles, à tel autre ses immeubles, ce sera encore le paiement qui décidera auquel des deux légataires la créance doit profiter. Si le choix avait appartenu au créancier et qu'il fût mort sans l'avoir exercé, l'émolument de la créance devrait se partager. Dans le droit romain de telles collisions se vidaient par le sort (§ 23, Inst. II, 20), mais cette voie ne serait plus admise dans notre droit, et l'on devrait recourir au partage.

Si le testateur, créancier d'un immeuble ou de 10,000, à son choix, n'a fait qu'un seul legs de tous ses meubles, le choix se transmettant à l'héritier, la question de savoir si les 10,000 sont compris dans le legs de tous les meubles dépendra entièrement de la manière dont l'héritier exercera son choix.

CHAPITRE XVIII.

DES OBLIGATIONS INDIVISIBLES.

Sommaire.

- 229. Pourquoi il importe de distinguer si une obligation est divisible ou indivisible.
- 230. De la divisibilité des choses, considérée comme base de la divisibilité et de l'indivisibilité des obligations.
- 231. Les servitudes prédiales sont toutes indivisibles. — Controverse.
- 232. L'usage est indivisible; l'usufruit et l'*habitatio* sont divisibles.
- 233. Le droit d'hypothèque est-il indivisible? Distinction.
- 234. Les obligations qui ont pour objet un *facere* sont indivisibles.
- 235. Quelles obligations génériques sont divisibles.
- 236. Quelles obligations d'un *facere* peuvent être considérées à certains égards comme divisibles.
- 237. L'obligation de ne pas faire est indivisible.
- 238. Effets de la divisibilité de l'obligation lorsqu'il n'y a qu'un débiteur et un créancier.
- 239. Dérogation aux principes du droit romain, établie par l'art. 1244 du Code civil.
- 240. Effets de la divisibilité de l'obligation lorsqu'il y a plusieurs débiteurs et plusieurs créanciers.
- 241. Lorsqu'une obligation a été divisée, continuera-t-elle d'être considérée comme divisée alors que toutes les parties de l'obligation se seront réunies sur une même tête?
- 242. Effets de l'indivisibilité des obligations qui ont pour objet un droit de servitude, a) lorsqu'il n'y a qu'un stipulant et un promettant; b) lorsqu'il y a plusieurs stipulants ou créanciers; c) lorsqu'il y a plusieurs promettants ou débiteurs.
- 243. Principes différents du droit français.
- 244. Effets de l'indivisibilité de l'obligation qui a pour objet un *facere*. — Observations préliminaires.
- 245. Effets de l'indivisibilité de cette obligation quand il n'y a qu'un seul débiteur et un seul créancier.
- 246. Quand il y a plusieurs débiteurs et plusieurs créanciers.
- 247. Effets de l'indivisibilité de l'obligation d'un *non facere*.

248. Effets de l'indivisibilité générique : a) lorsqu'il n'y a qu'un créancier et un débiteur, b) lorsqu'il y en a plusieurs.
249. Différences entre l'obligation générique ou alternative, et l'obligation indivisible de sa nature.
250. Des obligations à certains égards indivisibles par la volonté des parties ou par la loi :
 a) Obligation avec clause pénale, ayant pour cause un *negotium stricti juris*.
 b) Obligation ayant pour objet la restitution d'une chose déterminée.
 c) Obligation du dépositaire.
251. Résumé. — Classification des obligations suivant qu'elles sont absolument ou relativement divisibles ou indivisibles.
252. Explication de la L. 85, D. XLV, 1. — Que doit réclamer dans les différents cas, le créancier contre chacun des héritiers du débiteur ?
253. De l'obligation résultant de l'éviction.
254. De l'étendue et de la nature des pouvoirs de chacun des créanciers d'une obligation indivisible.
255. Droits et obligations de chacun des débiteurs de l'obligation indivisible, à l'égard du créancier et à l'égard des codébiteurs.
256. De l'obligation corréale. — L'acte d'un seul vaut toujours pour tous, parce que celui qui agit est censé seul débiteur ou seul créancier. — Exception introduite par Justinien quant à la *litis contestatio*.
257. De l'obligation solidaire; — ses causes; — en quoi elle diffère de l'obligation corréale et de l'obligation indivisible.

229. Quoique toute obligation, même celle qui est divisible, doive s'exécuter indivisément lorsqu'il n'y a qu'un seul créancier et un seul débiteur, cependant comme le créancier peut accepter un paiement partiel, il importe de savoir quand on doit admettre la possibilité d'un tel paiement, la possibilité d'une libération partielle. Et comme d'un autre côté les obligations divisibles contractées à plusieurs créanciers et à plusieurs débiteurs se divisent de plein droit en autant d'obligations qu'il y a de têtes, et que celles qui se contractent entre un seul débiteur et un seul créancier se divisent de même, indépendamment de tout partage, activement et passivement entre plusieurs héritiers, de telle sorte que même avant tout partage chaque héritier du créancier poursuit l'obligation pour sa part héréditaire, de même que chaque héritier du débiteur ne peut être poursuivi que pour sa

part, il importe de distinguer les obligations qui tombent sous l'application de cette loi de la divisibilité, de celles qui ne sauraient s'exécuter que par un seul pour le tout ou au profit d'un seul pour le tout, et il importe de rechercher comme se résoudra, en cas d'inexécution, la question des dommages et intérêts.

250. Diviser une chose ce n'est pas seulement la séparer en plusieurs parties distinctes, mais c'est surtout en faire des parties telles que chacune d'elles conserve la même qualité que le tout, et qu'elles ne diffèrent entre elles et avec le tout que de quantité, la qualité restant la même.

D'après cela, toutes les choses qui ont de la quantité, c'est-à-dire toutes les choses corporelles, sont divisibles, les unes matériellement et intellectuellement à la fois, les autres au moins intellectuellement ou, d'après une expression consacrée, *arithmétiquement*. Sont à la fois matériellement et intellectuellement divisibles, toutes les choses fongibles, *quae functionem in genere recipiunt*, par exemple, l'argent, le blé, l'huile (1). Mais il importe peu qu'une chose soit matériellement divisible ou non, il suffit que la division puisse s'opérer intellectuellement pour qu'elle soit divisible au point de vue juridique. A ce titre toutes choses corporelles le sont, par exemple, un bâtiment, un cheval, une statue. Si on ne les peut diviser matériellement, elles peuvent l'être intellectuellement ou arithmétiquement, car, qu'on les divise par tiers, par quart, par un dénominateur quelconque, chaque partie intellectuelle sera toujours de la même qualité que les autres, puisqu'il n'y a aucune partie de la chose, si petite qu'elle soit, jusqu'au point géométrique, qui n'appartienne à tous les cointéressés *pro indiviso*.

Donc, quoique les auteurs parlent quelquefois d'une divisibilité matérielle et d'une divisibilité intellectuelle, il importe de bien re-

(1) L. 20, D. XLVI, 3, *in fine*. — Il ne serait pas exact de dire avec MEULENBRUCH, *Doctr. Pand.*, § 224, n° 3, que les immeubles sont en général matériellement divisibles. Il est bien vrai qu'une propriété immobilière non-bâtie serait matériellement divisible si le fonds pouvait présenter partout mêmes valeur et qualité, mais cela ne s'applique pas aux immeubles en général, et jamais aux propriétés bâties.

marquer qu'en droit toute chose est divisible qui l'est intellectuellement (1).

Connaissant le caractère de la divisibilité des choses, nous avons par cela même celui de leur indivisibilité, et nous pouvons dès maintenant regarder comme établi que, si les choses ne sont divisibles que selon leur quantité, il n'y a que les choses corporelles qui le soient, c'est-à-dire que toutes choses corporelles sont indivisibles.

Une obligation est divisible lorsque son exécution doit procurer une chose corporelle. Elle est indivisible lorsque son exécution ne doit pas procurer une chose de cette nature.

Toutefois, lors même qu'une obligation a pour objet une chose corporelle, elle n'est jamais divisible de telle sorte que son exécution puisse procurer au créancier ou puisse forcer le débiteur de fournir, au lieu d'une chose déterminée, des parties de choses différentes. C'est pourquoi les obligations génériques ou alternatives de choses corporelles, dont l'exécution doit procurer au créancier des choses divisibles, sont cependant indivisibles à certains égards; indivisibles *solutione*, c'est-à-dire entre débiteurs, si le choix n'a pas été stipulé par le créancier; indivisibles *petitione*, c'est-à-dire entre créanciers, si le choix est resté au débiteur. Divisibles sous quelques rapports, indivisibles sous d'autres, elles tiennent leur divisibilité de la nature de la chose ou des choses qui sont *in obligatione*, leur indivisibilité de leur forme. Nous y reviendrons plus tard.

Alors même que l'exercice d'une obligation ou d'un droit procure des choses corporelles, cette obligation ou ce droit sera encore indivisible si ces choses ne peuvent être affectées qu'à un objet déterminé, ou à une personne désignée, et que le droit d'en disposer est limité par les besoins ou l'utilité de cet objet ou de cette personne. C'est pourquoi l'*usus* qui procure des fruits, et les servitudes réelles, quand même elles procureraient des choses corporelles, demeurent cependant indivisibles.

(1) « *Qui Stichum debet, parte Stichi data, in reliquam partem tenetur* (L. 9, § 1, D. XLVI, 3). » En payant une partie intellectuelle de Stichus, $\frac{1}{3}$, $\frac{1}{2}$, je suis libéré pour cette part. — Compar. POTIER, *Oblig.*, n° 288.

251. Les servitudes réelles sont des droits indivisibles. Leur indivisibilité résulte de ce que toutes elles consistent *in patiendo* ou *in non faciendo*, c'est-à-dire dans des restrictions apportées au droit de propriété, lesquelles assujettissent une propriété à l'autre sans changer en rien l'étendue du fonds. Aucune quantité n'est transportée du fonds grevé au fonds dominant; être libre ou ne pas l'être n'est qu'une qualité qui affecte la chose. La servitude consistait non *in quantitate*, mais *in qualitate*, est donc indivisible; par conséquent l'obligation qui a pour objet une servitude est elle-même indivisible. C'est pourquoi Ulpien dit, à la L. 72, D. XLV, 1 : *Stipulationes non dividuntur earum rerum quae divisionem non recipiunt : veluti viae, actus, aquae ductus, ceterarumque servitutum* (1).

Pothier paraît cependant admettre des servitudes divisibles quand il dit : « Les choses indivisibles sont celles qui ne sont susceptibles, ni de parties réelles, ni de parties intellectuelles; telles sont la plupart des servitudes prédiales (n° 288); » et la même opinion est plus clairement énoncée par Dumoulin, qui, se fondant sur la L. 19, § 4, D. X, 3, prétend que quelques servitudes prédiales peuvent se diviser *tempore aut mensurâ*. Mais si cette loi, relative à une prise d'eau, déclare que les héritiers qui se partagent le fonds peuvent convenir que chacun jouira du droit d'irrigation à des jours ou à des heures différentes (*tempore dividere*), ou que la portion d'eau prise sur le fonds asservi sera divisée dans la proportion de la part de chacun (*mensurâ*), il ne faut cependant pas en conclure la divisibilité absolue de la servitude. La L. 19 ne touche pas à la nature de la servitude, elle établit uniquement une règle de distribution de l'eau fournie par l'aqueduc; le droit de servitude n'est pas divisé, la chose corporelle l'est seule. Ce qui confirme cette interprétation, c'est que tous les textes où il est déclaré que les servitudes ne peuvent être ni promises ni rachetées par partie, sont conçus en termes généraux qui n'admettent ni distinction ni exception (2).

(1) Voir aussi L. 2 et L. 85, D. XLV, 1.

(2) L. 2, L. 72, L. 85, D. XLV, 1.

Dira-t-on qu'en général tout droit dont l'exercice procure une chose corporelle, une chose divisible, est lui-même divisible? Nous ne le contestons pas : c'est par ce motif que l'usufruit est divisible; mais, bien qu'il y ait des servitudes prédiales dont l'exercice procure une chose corporelle, telles que la servitude de prise d'eau, *aquae hauriendae*, la servitude de prendre de la chaux, du sable, de la marne, elles sont cependant indivisibles, parce qu'il est de l'essence même de toute servitude prédale d'être établie pour les besoins du fonds dominant, sans pouvoir s'étendre au-delà, et que l'usage que le fonds dominant fait du fonds asservi est toujours indivisible en soi.

232. Par le même motif, la servitude personnelle d'*usus*, quoiqu'elle puisse dans certains cas procurer des fruits ou des choses divisibles, est toujours indivisible, car, de même que le produit de la servitude réelle ne peut servir qu'au fonds dominant, de même les fruits perçus par l'usager ne peuvent servir qu'à ses besoins qui sont indivisibles. Soit donc que l'usage consiste dans le seul droit d'user, soit qu'il donne droit à des fruits, comme au cas où un jardin y est soumis ou une ferme (1), il ne cesse d'être un droit indivisible. S'il est un cas où l'usage est divisible, c'est précisément lorsqu'il se confond avec l'usufruit ou plutôt avec le quasi-usufruit, ce qui arrive lorsqu'il se trouve établi sur des choses qui à proprement parler ne sont pas susceptibles du *jus utendi*, parce que le seul usage les consomme. Tel est l'usage d'un capital ou d'autres choses fongibles, lequel devient un véritable quasi-usufruit (2).

Quant au *jus habitationis*, comme, à la différence de l'usager, l'*habitor* peut donner la chose en location et par conséquent percevoir les fruits civils, que ces fruits civils ne sont pas limités par les besoins de la personne, il s'ensuit que, de même que l'usufruit, l'*habitation* est un droit divisible.

233. Parmi les droits indivisibles Mühlenbruch place aussi l'hypothèque, décision qui n'est vraie qu'en ce sens que l'hypo-

(1) L. 12, § 1, D. VII, 8.

(2) L. 5, § 2, D. VII, 5; — L. 12, § 4, D. VII, 8.

thèque ne peut s'éteindre par parties sans le consentement du créancier hypothécaire, alors même que la dette serait en partie payée : *Hypotheca tota in toto pro qualibet parte debiti*. Mais l'hypothèque n'est pas indivisible en ce sens qu'on ne pourrait l'établir à raison de la portion indivise qu'on a dans le bien hypothéqué. Copropriétaire d'un bien, je puis consentir sur ma portion indivise une hypothèque qui continuera, même après le partage, d'affecter la chose *pro indiviso* (1). Ainsi, considérée en elle-même, considérée dans l'effet qu'elle produit, l'hypothèque est un droit divisible. Je puis concéder une hypothèque sur une portion indivise, je puis par un même acte concéder hypothèque à deux créanciers, chacun pour moitié, sur une seule et même chose. Les créanciers pourront chacun revendiquer ou vendre la moitié de la chose hypothéquée pour se payer du prix. Le créancier peut aussi faire remise de l'hypothèque à raison d'une portion indivise de la chose hypothéquée. Mais, mise en rapport avec la libération du débiteur, l'hypothèque est indivisible. Si le débiteur s'est libéré pour une partie de la dette, soit que différents termes de paiement aient été stipulés, soit que le créancier ait bien voulu recevoir des paiements partiels, l'objet n'est point dégrevé de l'hypothèque pour les quotes-parts éteintes de la dette, à moins de consentement spécial du créancier. De là cette conséquence que si la dette se divise entre plusieurs héritiers, chaque héritier peut bien se libérer en payant séparément sa part de la dette proportionnée à sa part héréditaire, mais que la chose hypothéquée n'est dégrevée pour aucune part tant qu'elles ne sont pas toutes payées, tant qu'une fraction quelconque de la dette subsiste.

234. D'après les principes du n° 230, toute obligation qui a pour objet un fait ou des faits déterminés est indivisible, puisqu'il est impossible de l'exécuter partiellement de telle sorte que chaque partie ait la même qualité que le tout. Plusieurs lois romaines énoncent cette règle d'une manière générale, sans exception au-

(1) Il n'en est plus de même en droit français, à cause des effets différents du partage, qui n'est plus translatif mais déclaratif de propriété. Art. 883 et 2205 du Code civil.

cunc (1). La L. 72, après avoir traité des servitudes, continue en ces termes : *Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit : ut fundum tradi, vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile*, et elle donne pour motif : *Horum enim divisio corrumpit stipulationem*. La L. 85, § 2, quant au motif, ajoute : *Quia operis effectus in partes scindi non potest*.

Il est bien vrai que l'exécution de l'obligation ayant pour objet un *facere* peut produire une chose corporelle, une chose par conséquent divisible : telle serait, par exemple, l'obligation de construire une maison; mais au n° 250 nous avons établi une seconde condition pour que l'obligation soit divisible, à savoir que les parties soient de même qualité que le tout. Or, les parties intellectuelles ou arithmétiques d'une maison sont bien de même qualité lorsque la maison est construite, lorsqu'elle a, comme le dit si bien Gaius à la L. 80, § 1, D. XXXV, 2, cette forme propre qui résulte de son entier achèvement, mais dans l'exécution même d'une pareille obligation il est impossible que la construction partielle ait la même qualité que le tout, puisque le tout n'existe pas même. « Un héritier, dit Gaius, à la loi que nous venons de citer, a été chargé de construire une œuvre au profit d'une ville, par exemple, des bains ou un théâtre : un tel legs est indivisible, *neque enim ullum balneum aut ullum theatrum fecisse intelligitur, qui ei propriam formam quae ex consummatione continget, non dederit*. D'où résulte, d'après le même texte, que, si plusieurs héritiers sont chargés de pareil legs, ils sont tenus chacun *in solidum* : « *quorum omnium legatorum nomine, etsi plures heredes sint, singuli in solidum tenentur*. »

Les obligations qui ont pour objet un *facere* sont donc, en règle générale, indivisibles. Cependant, lorsque l'obligation d'un *facere* n'est pas déterminée par le fait, mais par le temps pendant lequel on doit prêter des œuvres quelconques, comme d'un côté les faits, manquant de détermination, manquent par cela même de qualité; que, d'un autre côté, le temps est toujours *qualitativement* égal à lui-même, et partant divisible, une telle obligation est

(1) L. 2, § 3, L. 72, L. 85, § 2, D. XLV, 1. — L. 80, § 1, D. XXXV, 2.

également divisible, par exemple, l'obligation de prêter plusieurs journées de travail. Si l'on remarque cependant que l'obligation a moins pour objet la prestation déterminée d'un *facere* qu'un temps déterminé de travail, on doit reconnaître qu'en définitive elle ne fait pas même exception à la règle générale que toutes les obligations qui ont pour objet un *facere* sont indivisibles.

Mais avant de nous occuper plus longuement de l'obligation de faire, il importe que nous parlions de la divisibilité de certaines obligations génériques.

253. L'obligation d'un genre, divisible à raison de l'objet corporel que l'exécution procure au créancier, indivisible sous d'autres rapports que nous déterminerons plus loin, demeure cependant tout à fait divisible entre plusieurs créanciers comme entre plusieurs débiteurs, si elle comprend un nombre d'objets de même genre qui soit l'égal ou le multiple du nombre des cointéressés, créanciers ou débiteurs. Si Pierre et Paul doivent un cheval, l'obligation est indivisible *solutione*; mais s'ils en doivent deux, quatre, dix, *in genere*, l'obligation devient divisible, même *solutione*. Que si un cheval est dû à Pierre et à Paul, à leur choix, l'obligation est indivisible *petitione*; mais que deux chevaux leur soient dus *in genere*, l'obligation est de nouveau divisible, même *petitione*. C'est ce que décide la L. 54, D. XLV, 1 : *Quotiens autem genere stipulamur numero fit inter eos (heredes) divisio... Si idem duos homines stipulatus fuisset : singuli homines hereditibus ejus deberentur* (1).

256. A la même loi, le jurisconsulte ajoute immédiatement : *Operarum stipulatio similis est his stipulationibus, in quibus genera comprehenduntur; et ideo divisio ejus stipulationis, non in partes operarum, sed in numerum cadit*. Les *operae*, travaux non déterminés en eux-mêmes, mais par le temps qui leur sert de mesure, sont divisibles *numero*; comme le dit Julien, il n'y a pas de *partes operarum*, mais un *numerus operarum*. C'est pourquoi l'obligation qui a pour objet des *operae* est divisible comme l'obligation générique

(1) Remarquez bien que le jurisconsulte dit *genera* : il ne s'agit pas d'un *genus*, mais de plusieurs choses appartenant au même genre.

rique où le nombre des choses dues est égal à celui des parties intéressées : exception unique (si c'en est une) à la règle énoncée en termes généraux par nos textes, à savoir que les obligations qui ont pour objet un *facere* sont indivisibles.

Toutefois, bien que toute obligation dont l'objet est un fait ou des faits déterminés soit indivisible, et qu'elle le demeure toujours lorsqu'il n'y a qu'un seul débiteur et un seul créancier, il résulte cependant de la L. 4, D. XLV, 1, qu'il y a des obligations d'un *facere* qui, lorsqu'il y a plusieurs créanciers, peuvent, tout en n'étant pas exécutées à l'égard de l'un, l'être à l'égard de l'autre; par exemple, l'un des héritiers de l'acheteur qui a stipulé le *duplum* en cas d'éviction, peut avoir été évincé, l'autre pas. De même il y a des obligations qui, lorsqu'il y a plusieurs débiteurs, peuvent avoir été exécutées par l'un d'eux sans l'être par les autres; telle est la stipulation : *me heredemque meum ratum habiturum*; il se peut qu'un seul des héritiers ait donné sa ratification. De telles obligations ne sont pas divisibles de leur nature et dans tous leurs effets; mais on peut admettre, pour celles qui, inexécutées à l'égard de l'un des créanciers, ont cependant été exécutées à l'égard de l'autre, qu'elles sont divisibles, en ce sens qu'elles donnent à chaque créancier le droit de poursuivre pour son compte les dommages et intérêts. D'autre part, lorsque l'obligation d'un *facere* est telle que chaque héritier du promettant peut l'exécuter, en ce qui le concerne, sans le secours des autres, on peut aussi la considérer comme divisible entre plusieurs héritiers, en ce sens que le débiteur qui n'a pas exécuté est seul tenu des dommages et intérêts, à la condition cependant que l'inexécution d'un seul n'équivaille pas à l'inexécution de la part de tous. Nous trouvons un exemple remarquable de cette dernière espèce d'obligation dans la stipulation de *ratum habendo*. Toutefois, dans ce cas même, l'obligation au fond reste toujours indivisible, comme le jurisconsulte Paul le fait remarquer à la L. 4, D. XLV, 1, où, après avoir dit que l'héritier qui n'a pas ratifié est seul tenu des dommages et intérêts, il ajoute : *quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest*.

257. Appliquant les mêmes principes du n° 250 aux obligations

d'un *non facere*, nous trouvons qu'elles sont toutes indivisibles, car, ne pouvant, par l'exécution, procurer un objet corporel, il n'y a pas de matière à laquelle puisse s'appliquer la division; elles sont donc indivisibles par leur objet même. Mais encore une fois, ici comme dans l'obligation d'un *facere*, il y a des obligations qui, s'il y a plusieurs créanciers, peuvent être exécutées à l'égard de l'un d'eux sans l'être à l'égard des autres, par exemple, la stipulation *per te non fieri quo minus me ire liceat*. Dans ce cas, le créancier qui est empêché est le seul qui soit lésé; donc seul il a une action, et les autres seraient repoussés par l'*exceptio doli*. Mais il est à remarquer que, s'il y a plusieurs débiteurs, comme l'inexécution de la part d'un seul est aussi préjudiciable, dans le cas de stipulation *per te non fieri*... que l'inexécution de la part de tous, l'empêchement causé par un seul héritier aura les mêmes effets que l'empêchement venant de tous, et tous seront tenus des dommages et intérêts (1).

Il y a d'autres obligations d'un *non facere*, qui peuvent être enfreintes par l'un des héritiers sans l'être par les autres, par exemple, la promesse *amplius non agi*. L'un peut avoir enfreint la transaction, respectée par les autres. Dans ce cas les dommages et intérêts et la peine, si une peine a été stipulée, se diviseront (car cette stipulation est prétorienne), et celui-là seul qui a contrevenu à la stipulation sera tenu pour sa part, quoique de leur nature, et alors qu'il n'y a qu'un seul créancier et un seul débiteur, de telles obligations soient toujours indivisibles.

238. Lorsqu'une obligation a pour objet une chose corporelle, une chose divisible, et que la forme de l'obligation ne s'oppose, d'ailleurs, pas à la division, c'est-à-dire lorsque cette chose corporelle n'est pas considérée *in genere* ou alternativement, mais déterminée dans son espèce, l'obligation est susceptible d'être demandée partiellement, et le paiement partiel opérera pour partie l'extinction de la dette (2). Mais de ce qu'une obligation est divi-

(1) Voyez la L. 2, § 8, D. XLV, 1; — et plus haut le n° 163.

(2) L. 9, § 1, D. XLVI, 3; — L. 2, § 1, D. XLV, 1. « *Qui Stichum debet, dit Ulpien à la L. 9, parte Stichi data in reliquam partem tenetur.* » Remarquez que dans l'espèce la partie payée est intellectuelle.

sible, il ne suit pas qu'elle soit divisée, il ne suit pas que le créancier puisse forcer le débiteur à faire des paiements partiels, ni le débiteur forcer le créancier à les recevoir. Au contraire, la dette, quoique divisible, doit, si le créancier et le débiteur ne s'accordent sur le contraire, être exécutée indivisément comme si elle était indivisible. Un créancier ne serait donc pas constitué *in moram accipiendi* s'il refusait le paiement partiel d'une dette, ni le débiteur *in moram solvendi* si le créancier insistait pour obtenir seulement une partie sans exiger la dette entière.

Vainement dirait-on que le créancier peut être forcé indirectement à recevoir un paiement partiel, pour le motif qu'une moindre dette se compense avec une plus forte lorsque les deux dettes sont liquides et compensables ; la compensation ne fait aucunement exception aux principes que nous venons d'énoncer, car la dette avec laquelle le créancier est obligé de compenser suppose un fait volontaire et libre de sa part ; de sorte qu'il est toujours vrai de dire qu'aucun débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir, *malgré lui*, un paiement partiel.

239. Le législateur français s'est écarté de la rigueur de ces principes à l'art. 1244 du Code civil. Après avoir déclaré que « le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible, » il permet, par le § 2, au juge d'accorder *néanmoins* des *délais* modérés pour le *paiement*, d'où il résulte que le juge pourra ainsi forcer le créancier à recevoir des paiements partiels, c'est-à-dire que, dans l'intérêt du débiteur, il pourra diviser l'exécution de l'obligation et graduer les termes de paiement. Ce pouvoir tout exceptionnel est accordé au juge dans un but d'humanité ; la loi lui prescrit de n'en user qu'avec la plus grande réserve et pour des motifs graves (1).

240. S'il y a plusieurs créanciers ou débiteurs dès le principe, si plusieurs ont stipulé ou promis sans solidarité, il n'y a pas de

(1) DURANTON (T. XII, n° 88) n'admet cependant pas que le juge puisse diviser le paiement, mais MARCADE prouve son erreur (T. IV, p. 570). — Voir Conf. Cour de cass. de France, 20 décembre 1842 (Devil., 1843, I, p. 223).

division à proprement parler, il y a autant de créances que de stipulants, autant de dettes que de promettants.

S'il y a plusieurs héritiers qui succèdent à un créancier, seul dans le principe, la créance se divise de plein droit entre les nouveaux créanciers dans la proportion de leurs parts héréditaires et malgré le débiteur, qui ne pourra plus se libérer en payant à un seul.

De même, si le débiteur laisse plusieurs héritiers, chacun d'eux n'est tenu qu'en raison de sa portion héréditaire. Le créancier qui refuserait sa part de la dette pour exiger un complet paiement, serait constitué en demeure; et le débiteur qui aurait payé au-delà de sa part aurait la *condictio indebiti* pour répéter l'excedant (1). Il n'en serait pas autrement lors même que l'un des héritiers du débiteur deviendrait insolvable; les autres ne seraient encore tenus que pour leurs parts. La perte que le créancier subit alors, il eût pu la prévenir en exerçant le *beneficium separationis* (2).

La division de toute dette divisible a lieu entre les héritiers quand même l'obligation est solidaire; c'est là un des caractères par lesquels l'obligation solidaire se distingue de l'obligation indivisible comme nous le verrons plus loin (n° 257).

Le motif de la division des dettes divisibles, entre les héritiers du créancier, est que le législateur a pensé que chaque héritier serait le meilleur gardien de ses droits, et que ce serait leur créer des difficultés inutiles que de les astreindre à agir ensemble et à se tenir réciproquement compte des sommes reçues. Pareillement la division entre les héritiers du débiteur est établie dans l'intérêt de ceux-ci, pour qu'aucun d'eux ne soit obligé de payer le tout ou de souffrir du retard des autres.

241. Cela posé, il nous sera facile de résoudre la question de savoir si une obligation ayant été divisée, elle continuera de l'être alors que les différentes parts se seront réunies sur une seule et même tête. Pour la solution de cette question il faut rechercher où

(1) L. 25, D. XLVI, 3.

(2) L. 31, D. XLII, 5.

est la cause de la division et distinguer si à sa naissance l'obligation a été divisée ou indivise.

Si elle a été divisée, s'il y a eu plusieurs stipulants ou plusieurs promettants qui n'ont pas solidairement contracté, la division est naturelle à l'obligation, qui dès le principe aura constitué plusieurs créances ou dettes distinctes, n'ayant de commun qu'une même cause, et ce caractère originaire de la division ne pourra plus s'effacer dans la suite par la réunion accidentelle de toutes les parties de l'obligation sur une même tête. Soient deux frères qui contractent une dette, sans solidarité; l'un d'eux meurt, l'autre devient son héritier : il pourra offrir séparément le paiement de chaque moitié de la dette, et le refus du créancier de recevoir constituera celui-ci en demeure.

Si, au contraire, il n'y a eu qu'un seul créancier et un seul débiteur et que la dette, une dans le principe, se divise entre deux héritiers par l'effet d'une succession, puis se réunisse de nouveau sur un même héritier, la dette conservera son caractère primitif d'unité, malgré la division qui n'a eu que des effets temporaires (L. 9, D. II, 14). En effet la division ne résulte pas de la nature du contrat ni d'un caractère originaire de la dette, elle n'est qu'accidentelle. Résultat forcé de la multiplicité des personnes qui représentent le promettant, elle cesse avec la cause qui l'a fait naître. Si donc un débiteur laisse plusieurs héritiers dont le survivant succède aux autres, celui-ci devra faire le paiement indivisément, comme si dès le principe il eût été unique débiteur.

Pareillement et par les mêmes motifs, si un créancier a eu plusieurs héritiers dont le survivant a succédé aux autres, celui-ci pourra réclamer et devra recevoir le paiement en une fois. La réunion des différentes parts de la dette, de quelque manière qu'elle s'opère, par succession, par legs, ou par cession entre vifs, fait immédiatement cesser chez le débiteur la faculté de payer par portions. Le motif est que la division s'était faite dans l'intérêt seul des créanciers, de même que la division entre héritiers du débiteur n'est établie que dans l'intérêt de ceux-ci. C'est pourquoi, lorsqu'un des héritiers du créancier a reçu procuration de ses

cohéritiers à l'effet de poursuivre le remboursement de la créance commune, le débiteur ne peut se prévaloir de la division, car il est toujours permis aux créanciers de renoncer au bénéfice introduit en leur faveur (1).

Enfin une dernière remarque est que, si le survivant de plusieurs héritiers du débiteur a recueilli les successions des prédécédés sous bénéfice d'inventaire, les patrimoines resteront séparés, la réunion des portions de la dette sera empêchée et le débiteur sera admis à payer séparément sa part, sauf à payer celles des codébiteurs défunts après la liquidation de leurs successions.

242. Comme nous le savons déjà, les obligations qui ont pour objet la constitution d'une servitude sont indivisibles de leur nature, c'est-à-dire par la nature de la chose qui est due. Elles sont donc indivisibles absolument ou, en d'autres termes, indivisibles *petitione*, c'est-à-dire entre débiteurs. C'est d'elles qu'il est dit à la L. 85, pr. D. XLV, 1 : *Aliud quod totum peti necesse est, nec divisum praestari potest.*

Nous avons maintenant à examiner les effets de cette indivisibilité a) dans la promesse de constituer une servitude, faite par un seul promettant à un seul stipulant (2); b) dans pareille promesse lorsqu'il y a plusieurs stipulants ou créanciers, ou ce qui revient au même, plusieurs héritiers d'un créancier; c) lorsqu'il y a plusieurs débiteurs.

a) Lorsqu'une promesse de constituer une servitude est faite par un seul promettant à un seul stipulant, cette promesse oblige si le promettant est unique propriétaire du fonds grevé, et le stipulant unique propriétaire du fonds dominant. Mais si l'un d'eux n'est que copropriétaire, la stipulation est nulle et sans effet; elle n'acquiert pas la servitude entière, parce qu'en droit romain on ne peut stipuler ni promettre pour autrui; elle ne l'acquiert point pour partie, parce que la servitude est indivisible. C'est pourquoi

(1) Conforme POTHIER, *Oblig.*, nos 318-320, d'après DEMOULIN, p. 2, nos 18 et suiv.

(2) Nous disons « la promesse de constituer, » car en droit romain la servitude n'est pas comme en droit français constituée par le seul effet du contrat, il faut en outre le quasi-tradition ou son équivalent.

la L. 19, D. VIII, 3, décide que, si l'un des associés stipule un droit de passage au profit d'un fonds commun, la stipulation est inutile, et que la L. 17, D. VIII, 1, porte en termes généraux : *Viae, itineris, actus, aquaeductus pars in stipulationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est.*

Il faut se garder de confondre la promesse et la stipulation d'une servitude faites par un des copropriétaires, lesquelles sont complètement nulles, avec la constitution ou la quasi-tradition qui serait faite par un des promettants, ou à l'un des stipulants, à la suite de stipulation et de promesse régulières. Telle constitution faite par un seul des promettants, bien qu'elle soit insuffisante pour la constitution du droit réel (L. 2, D. VIII, 1), ne sera cependant pas absolument sans effets. D'abord elle empêchera le constituant de s'opposer à l'exercice de la servitude, car, s'il revendiquait la liberté du fonds, il rencontrerait l'*exceptio doli*; en second lieu, si les copropriétaires constituent successivement le même droit, la servitude sera définitivement acquise (1).

Si le débiteur d'une servitude n'en faisait la concession qu'à un seul des stipulants, le droit réel ne serait pas constitué dès ce moment, mais il le serait dès que la concession aurait été faite aux autres. Dans l'intervalle, le stipulant au profit duquel la concession aurait eu lieu ne pourrait plus être empêché d'exercer la servitude; le débiteur serait ici encore repoussé par l'*exceptio doli*.

b) Si plusieurs copropriétaires ont stipulé un droit de servitude, et que l'exercice ou la quasi-tradition leur en soit refusée, il y a lieu d'intenter la *condictio incerti* en délivrance du droit (2), et chaque stipulant pourra l'intenter *in solidum*, quoique le droit de servitude ne puisse s'acquérir par un seul des copropriétaires, ni pour partie ni pour le tout (3).

Au premier abord cette dernière décision étonne. Si la servitude ne peut s'établir sans le concours de tous les stipulants, comment

(1) L. 11, D. VIII, 3; — L. 13, D. VIII, 4.

(2) L. 75, § 7, D. XLV, 1.

(3) L. 4, § 3, D. VIII, 5 : « *Quamvis, per unum adquiri servitus non possit.* »

l'un d'entre eux peut-il exercer la *condictio incerti*, à lui seul *in solidum*? C'est pourquoi le jurisconsulte Paul dit à la L. 2, § 2, D. XLV, 1 : *Quidam hoc casu exstingui stipulationem putant.* Mais il répond aussitôt : *sed non facit inutilem stipulationem difficultus praestationis.* La prestation est difficile à obtenir; un seul des stipulants peut, par son refus de concourir à la quasi-tradition, la rendre impossible, mais elle n'est pas impossible en elle-même, *per se*; c'est pourquoi la stipulation sera valable et la non-prestation donnera lieu à des dommages et intérêts.

La non-prestation de la servitude promise ne donne lieu, disons-nous, qu'à des dommages-intérêts. En effet, la prestation ne peut être obtenue forcément, car tel était le respect du peuple romain pour la propriété, que les droits réels ne se transmettaient que par des actes libres, sans que le juge pût jamais en dépouiller directement le citoyen. Du temps de Gaius ce principe prévalait encore sans exception; c'est pourquoi ce jurisconsulte enseigne au livre IV de ses Instit., § 48, que la condamnation, quelle que soit la chose demandée, ne peut porter que sur une estimation, sur une somme d'argent. Ce principe fut modifié par la suite. On permit au créancier d'emporter, *manu militari*, en vertu de l'ordonnance du juge, la chose mobilière que le débiteur refusait de livrer (1). Mais pour les servitudes le principe resta en vigueur.

Lors donc qu'il y a plusieurs stipulants, chacun peut réclamer la concession et, s'il ne l'obtient, des dommages et intérêts. Et les copropriétaires pourront se prévaloir du jugement pour obtenir à leur tour des dommages et intérêts chacun *in solidum*, c'est-à-dire non pas leurs quote-parts respectives des dommages évalués en masse, ou globalement, mais chacun ce qui lui est dû en particulier pour la perte qu'il éprouve lui-même : *Uniquique in solidum* (2) *competit actio*, dit Ulpien à la L. 4, § 3, D. VIII, 5, *sed in aestimationem id quod interest veniet; scilicet, quod ejus interest, qui experietur. Itaque de jure quidem ipso singuli experientur, et victoria et aliis proderit, aestimatio autem ut id quod ejus*

(1) L. 68, D. VI, 1. — PAULI SENT., L. 1, tit. 13 (A), § 4.

(2) *In solidum* est dit par opposition à *pro parte*.

interest revocabitur, quamvis per unum acquiri servitus non possit.

Il en est absolument de même lorsque celui qui a stipulé une servitude meurt et laisse plusieurs héritiers. Chaque héritier pourra encore la demander *in solidum* et agir séparément. C'est pourquoi il est dit à la L. 23, § 9, D. X, 2, que l'action qui naît d'une promesse de servitude n'est pas l'objet du *judicium familiae erciscundae*, et qu'on aura égard, dans l'évaluation des dommages et intérêts, à la part que chaque héritier poursuivant doit recueillir dans la succession.

Si, sur l'action d'un des héritiers du stipulant, le défendeur consentait à délivrer la servitude, mais que le cohéritier ne voulût pas la recevoir, et que par son refus il rendit l'exécution de l'obligation impossible, celui-ci serait tenu envers le premier de l'*actio familiae erciscundae*; ou, au cas où les cointéressés ne seraient pas des héritiers, de l'action *communi dividundo* (1).

c) Lorsqu'il y a plusieurs promettants d'un droit de servitude, l'intérêt ne se divise pas comme au cas où il y a plusieurs stipulants, dont chacun poursuit son intérêt à part. Dès qu'il n'y a qu'un seul créancier, quel que soit le nombre des débiteurs, l'intérêt est un, et la servitude étant d'ailleurs indivisible, il s'ensuit que chaque promettant la doit tout entière. C'est pourquoi aussi celui des héritiers qui est poursuivi doit à lui seul et *in solidum* tous les dommages et intérêts (2). Mais il aura son recours contre ses cohéritiers : *si quis ex heredibus conventus, litis aestimationem praestiterit*, dit la L. 23, § 10, D. X, 2, *id pro parte a caeteris consequatur*.

Arrêtons-nous maintenant pour résumer les explications qui précèdent.

Lorsqu'il y a plusieurs créanciers d'un droit de servitude, chacun peut intenter l'action *in solidum*. Si alors le débiteur est prêt à constituer la servitude, mais que l'un des créanciers s'oppose à ce qu'elle soit constituée, le débiteur ne peut encourir de condamnation aux dommages et intérêts, mais le créancier pour-

(1) Comp. L. 2, § 2, D. XLV, 1, et L. 23, § 17, D. X, 2.

(2) L. 2, § 2, D. XLV, 1. — L. 4, § 4, D. VIII, 3.

suivant tournera son action contre le créancier qui a empêché l'exécution.

Si le débiteur, au contraire, ne veut pas constituer la servitude, le créancier poursuivant réclamera de lui des dommages et intérêts, et chacun des cocréanciers pourra se prévaloir du jugement pour obtenir ses dommages et intérêts à part, *in solidum*.

Enfin, lorsqu'il y a plusieurs débiteurs d'un droit de servitude, un seul devra le tout, un seul pourra être condamné *in solidum* en tous dommages et intérêts au profit du créancier, sauf son recours par l'action *familiae erciscundae* ou *communi dividundo* contre ses codébiteurs.

245. Remarquons, avant d'abandonner cette partie de notre sujet, que le droit actuel consacre un système tout différent. On ne s'y tient pas aussi strictement aux termes de la stipulation, pour se rapprocher davantage de l'équité. D'ailleurs, en droit français, promettre une servitude sur son fonds et la constituer, c'est une seule et même chose, puisque les droits réels s'acquièrent par le seul effet du contrat. L'obligation de constituer une servitude ne peut donc naître que de la promesse d'une servitude à établir sur le fonds d'autrui (1), obligation de faire qui, en cas d'inexécution, se résout en dommages-intérêts. Si j'ai promis une servitude sur un fonds dont je ne suis que copropriétaire avec mes frères, ils ne pourront être grevés par ma promesse; mais, par rapport à moi cependant et à mes ayants-cause à titre particulier ou à titre universel, la servitude sera considérée comme constituée : d'où la conséquence qu'elle le sera définitivement et à tous égards dans tous les cas où la chose devient ma propriété exclusive (2). Si à plusieurs nous avons promis l'établissement d'une servitude sur le fonds d'autrui, chaque promettant sera tenu pour le tout envers le créancier poursuivant (3), mais il pourra demander un délai pour mettre ses codébiteurs en cause, et dans ce cas la con-

(1) D'après la L. 25, § 10, D. X, 2, une semblable promesse est valable.

(2) Comp. TOULLIER, III, n° 573, et PARESSUS, n° 342, 4^e édit.

(3) Art. 1222 et 1223 du Code civ.

damnation se divisera entre tous, l'art. 1225 du Code civil ayant, quant aux dommages et intérêts, mitigé les conséquences de l'indivisibilité.

244. Avant d'examiner les effets de l'indivisibilité des obligations qui ont pour objet un *facere*, il est nécessaire que nous présentions quelques observations préliminaires.

Les règles que nous avons établies plus haut aux n^{os} 230, 234 et 236, pour reconnaître si certaines obligations sont divisibles ou non, dérivent de la nature des choses, et comme telles sont aussi consacrées par le *strictum jus*, aux textes que nous avons cités; toutefois, à côté du *strictum jus* se trouve l'équité; l'équité qui est en quelque sorte l'élément vivant du droit; qui ne formule pas de règles aussi inflexibles, mais qui surgit des circonstances; qui ne renverse pas le droit strict, mais qui en fléchit la rigueur et qui en empêche l'abus, afin que le *summum jus* ne devienne pas la *summa injuria*.

Nous savons que c'est dans les stipulations prétoriennes et dans les contrats *juris gentium* qu'elle exerce surtout son influence. Aussi, bien que l'obligation qui a pour objet un *facere* soit de sa nature indivisible, et qu'elle n'admette de division ni *petitione*, ni *solutione*, ni par rapport aux créanciers, ni par rapport aux débiteurs, cependant nous allons voir, comme nous l'avons déjà indiqué sous le n^o 236, que les contrats *juris gentium* et les stipulations prétoriennes n'admettent pas toujours toutes les conséquences de cette indivisibilité. Toutefois ne perdons pas de vue que les modifications ne renversent pas la règle, et que le *strictum jus* seul renferme le principe d'unité, le principe vraiment scientifique. Si nous négligions cette distinction importante, fondamentale, la matière de la divisibilité et de l'indivisibilité serait pour nous un véritable labyrinthe comme elle apparut à Dumoulin, dans le traité qu'il intitule, non sans raison, *De inextricabili labyrintho dividui et individui*. Ce jurisconsulte n'est point parvenu à mettre en lumière les vrais principes du droit romain en cette matière, parce qu'il n'a vu que contradiction partout où les conséquences d'un même principe subissent une modification partielle. Pour nous, les décisions que nous rencontrons dans les

contrats *juris gentium* et dans les stipulations prétoriennes, aussi souvent qu'elles sont en opposition avec les règles établies par le *strictum jus*, ne sont que des exceptions qui ne renversent pas la règle, mais qui la confirment au contraire dans tous les cas non exceptés.

Ces décisions trouveront naturellement leur place à mesure que nous exposerons les règles générales auxquelles elles dérogent.

243. Lorsque, dans une obligation d'un *facere*, il n'y a qu'un seul créancier et un seul débiteur, comme l'obligation ne peut être exécutée pour une partie lors même que le *facere* produit une chose corporelle, ce qui a lieu si j'ai stipulé la construction d'un édifice, il s'ensuit que celui qui aura commencé l'exécution d'une telle obligation sans l'avoir accomplie, celui qui, par exemple, n'aura pas terminé l'édifice, sera censé n'avoir rien fait; d'où Pomponius tire cette conséquence à la L. 15, D. XLV, 1, que, si la construction disparaît avant son achèvement, par l'effet d'un événement imprévu et inévitable, le débiteur doit recommencer l'œuvre comme si rien n'eût été exécuté; seulement un nouveau délai lui sera accordé pour qu'il l'accomplisse dans le temps stipulé. Cette décision, prise au titre *De verborum obligationibus*, est une conséquence directe de l'indivisibilité de l'obligation et doit être admise comme règle générale. Cependant, s'il s'agissait d'une *conductio operis* et que l'œuvre, après avoir été exécutée par l'entrepreneur jusqu'à un certain point, eût été renversée par une cause qui ne lui fût pas imputable, comme la construction se fait aux risques et périls de celui qui la commande, la *merces* serait due à l'entrepreneur à concurrence de ce qu'il aurait fait. En ce cas donc l'exécution partielle libère partiellement l'entrepreneur et engage de même celui qui a commandé l'œuvre (L. 39, D. XIX, 2).

S'il était question d'un contrat de vente; si, au lieu d'un entrepreneur qui construit sur le terrain de celui qui a commandé l'œuvre, il s'agissait du propriétaire qui s'engage, pour un prix déterminé, à élever une maison sur son propre fonds, pour la livrer à l'acheteur, nous resterions dans la règle; et si la maison était détruite avant son complet achèvement, même par un événement

fortuit, rien ne serait dû au vendeur, tout comme si rien n'eût été fait. En effet, l'achèvement de la maison et la livraison sont les conditions de la vente, lesquelles faisant défaut, la vente est sans effet, comme toute vente d'une chose future lorsque la chose vendue n'existe pas (1).

246. Lorsque, dans l'obligation d'un *facere*, il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, en règle générale et comme au cas précédent, tant que l'obligation n'est pas entièrement exécutée, elle est censée ne l'être point (2). Chaque créancier peut, dans ce cas, poursuivre *in solidum* l'exécution contre le débiteur, et chaque débiteur est tenu *in solidum* d'exécuter cette œuvre. S'il l'exécute, il a son recours contre ses codébiteurs, *ut pars impendiorum, boni viri arbitrato praestetur* (L. 44, § 8, D. X, 2).

Mais si, à défaut d'exécution *in solidum*, des dommages et intérêts sont exigés, chaque créancier poursuivra son intérêt propre; d'où il suit que, s'il y a un créancier qui n'a pas d'intérêt, il n'aura pas d'action. C'est ce qui peut arriver en cas d'éviction. Les héritiers de l'acheteur qui ont été évincés intenteront seuls l'action en dommages et intérêts résultant de la stipulation *mihi hereditate meo habere licere*, tandis que, pour ceux des héritiers qui ont conservé leurs parts, aucune action ne naîtra de l'éviction des premiers (3).

Si tous les créanciers ont souffert de l'inexécution, chacun d'eux poursuivra son intérêt propre en raison de la part qu'il a dans la créance, sans qu'on puisse dire que les dommages et intérêts se divisent, car la créance peut s'être partagée par parties égales, tandis que le dommage causé par l'inexécution peut être plus grand pour l'un que pour l'autre (4). Mais lorsqu'il n'y a qu'un créancier et plusieurs débiteurs, alors l'intérêt est un et se poursuit contre chacun des débiteurs pour la part qu'il a dans la dette.

(1) V. MÜHLERBRUCH, *Doctr. Pand.*, § 417, n° 10; — L. 20, D. XVIII, 1; — L. 2, § 1, D. XIX, 2.

(2) Arg. L. 13, D. XLV, 1. — L. 20, D. XVIII, 1. — L. 2, § 1, D. XIX, 2.

(3) L. 3, D. XLV, 1. — Voir plus haut, n° 163.

(4) *Nam quatenus cujus intersit, in facto, non in jure consistit.* PAUL, L. 28, D. L, 17.

Ici se remarque une différence essentielle entre le cas d'une servitude due par plusieurs, et le cas où il y a plusieurs débiteurs d'un *facere*. Chaque débiteur de la servitude est tenu solidairement (*in solidum*), en cas d'inexécution, de tous les dommages et intérêts (1), tandis que, lorsqu'un fait dû par plusieurs n'est pas presté, chaque débiteur, bien qu'il soit tenu d'exécuter l'obligation *in solidum* (2), n'encourt cependant la condamnation aux dommages et intérêts que pour la part qu'il a dans la dette, comme le prouve à l'évidence la L. 72, D. XLV, 1 : *Celsus refert Tuberonem existimasse ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere; ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem; secundum quae Celsus ait posse dici : justa aestimatione facti dandam esse petitionem* (3).

De même, dans l'obligation de garantie, bien que son objet soit indivisible, bien que tous les héritiers du vendeur soient tenus d'entreprendre la défense de l'acheteur actionné et que, si un seul fait défaut, les dommages et intérêts soient dûs par tous, ils se paient cependant divisément par chacun d'eux pour sa part héréditaire : *Omnes debent subsistere*, dit Paul à la L. 83, § 3, D. XLV, 1, et *quolibet defugiente, omnes tenebuntur : sed unicuique pro parte hereditaria praestatio injungitur*.

Il est difficile de se rendre compte de cette différence qu'on a souvent négligée. Cependant, lorsqu'on compare avec la L. 72, D. XLV, 1, les L. 68, 112, § 1, et 73, § 7, du même titre, on voit que, si dans l'obligation qui a pour objet une servitude, la condamnation pécuniaire n'est que subrogée à la chose même, à la servitude, et doit comme elle se payer indivisément, au contraire dans l'obligation d'un *facere* l'estimation, la somme d'argent, est considérée comme l'objet principalement dû, et le *facere* n'est qu'*in facultate solutionis*. Nous avons déjà établi la cause de cette diffé-

(1) L. 25, § 10, D. X, 2.

(2) L. 83, § 2, D. XLV, 1.

(3) Compar. Vangerow, *Pand.*, T. III, p. 9; — Ruzo, *Über die theilbarkeit und untheilbarkeit der obligationem* (Berlin, 1822), p. 123 et 149.

rence en traitant de la clause pénale; il suffit que nous rappelions ici que la stipulation qui avait pour objet un *facere* était anciennement inutile et ne devenait valable que par la clause pénale, et dans la suite par les dommages et intérêts, qui furent considérés comme *in obligatione*.

Remarquons qu'entre les deux systèmes qu'offre ici le droit romain, le législateur français a pris un terme moyen. Le créancier d'une dette indivisible peut s'en tenir à un seul débiteur, qui devra tous les dommages et intérêts, sauf recours contre ses codébiteurs. L'article 1222, qui le décide ainsi, consacre donc les dispositions du droit romain concernant les débiteurs d'une servitude. Mais il se trouve modifié par l'art. 1225, qui divise les effets de la condamnation entre tous les codébiteurs, s'il ont été mis en cause par le défendeur originaire.

En résumé donc, si dans l'obligation d'un *facere* il y a plusieurs créanciers, chacun, à défaut d'exécution, poursuit son intérêt. S'il y a plusieurs débiteurs, tant que l'obligation n'est pas entièrement exécutée, le créancier poursuit l'exécution du fait contre un seul, et les dommages seront encourus par tous, mais se divisent en raison de leur parts respectives dans la dette.

Cependant il se peut que le fait soit tel qu'il puisse être exécuté avec utilité par l'un des héritiers du débiteur, et dans ce cas l'équité exige que les dommages et intérêts ne se poursuivent que contre celui qui ne l'a pas exécuté. C'est ce qui a lieu dans la stipulation prétorienne de *rato habendo*. J'ai promis à Pierre, qui m'a représenté en justice, de ratifier ce qu'il fera; Pierre, comme tout *procurator* qui n'a pas exhibé sa procuration, a été condamné en son nom à cause du procès qu'il a soutenu pour moi; je meurs, l'un de mes héritiers ratifie, l'autre pas : Pierre n'aura l'action en dommages et intérêts que contre celui qui n'aura pas ratifié et pour sa part seulement, car il n'a pas d'intérêt à agir contre l'autre. Bien qu'on ne puisse ratifier un acte pour partie, la promesse de ratifier est donc susceptible de division à l'égard des héritiers du promettant. Le motif en est que la ratification ne tend qu'à désintéresser le *procurator* de la condamnation qu'il a encourue, laquelle est toujours liquide et divisible. C'est pourquoi il est dit

à la L. 4, § 1, D. XLV, 1 : *Nam hæc stipulatione et solus tenebitur qui non habuerit ratum, et solus agat a quo fuerit petitum; idque et Marcello videtur.*

247. Quant aux effets de l'indivisibilité de l'obligation d'un *non facere*, lorsqu'il n'y a qu'un créancier et un seul débiteur, on ne conçoit pas qu'on puisse en partie manquer à cette obligation, en partie ne pas y manquer; mais, s'il y a plusieurs créanciers, comme il se peut que le débiteur ne manque à l'obligation qu'à l'égard d'un créancier, il s'ensuivra que ce créancier seul aura action, parce que seul il aura intérêt. C'est ce qui a lieu dans la stipulation *per te non fieri quo minus me ire liceat*. L'action en dommages et intérêts n'appartiendra qu'à celui qui aura été empêché d'exercer le droit de passage (1).

D'un autre côté, quand il y a plusieurs débiteurs et que l'un d'eux contrevient à l'obligation, il se peut que la contravention d'un seul équivaille à celle de tous, par exemple, dans le cas de stipulation d'une servitude de passage. Le créancier alors intentera l'action en dommages et intérêts contre tous les débiteurs et chacun sera tenu pour sa part (2).

Mais il se peut aussi que la contravention de l'un des débiteurs cause seulement au créancier un dommage partiel, ce qui aura lieu, par exemple, dans la stipulation *amplius non agi*, qui tend à mettre fin au procès. L'héritier seul qui a contrevenu à la promesse sera tenu des dommages et intérêts (3).

248. A la L. 2, § 1, D. XLV, 1, Paul dit en parlant des obligations génériques : « *Quaedam (stipulationes) partis quidam dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur stipulationi satis non fit : veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas.* » Et à la fin du même §, le jurisconsulte ajoute que cette décision s'applique aussi à l'obligation alternative : *Ejusdem conditionis est hæc stipulatio : Stichum aut Pamphilum dari.*

(1) L. 2, § 6, D. XLV, 1.

(2) Mais ceux qui n'ont pas contrevenu auront leur recours contre les autres. L. 2, § 5, D. XLV, 1.

(3) L. 4, § 1, D. XLV, 1. — Voir plus haut, n^{os} 165 et 166.

Ce texte, qui suppose, — ce qu'il faut toujours admettre, à moins de convention contraire, — que le choix est laissé au débiteur, détermine bien les caractères des obligations génériques et alternatives. En général ces obligations sont divisibles par leur objet, mais n'admettent cependant pas de paiement partiel lorsque le débiteur a le choix, parce que la forme du contrat s'y oppose. La même indivisibilité existe *petitione* lorsque le choix est laissé à plusieurs créanciers.

Pour plus de clarté nous examinerons successivement les effets de l'indivisibilité de l'obligation générique : a) lorsqu'il n'y a qu'un créancier et un débiteur, b) lorsqu'il s'en trouve, de part ou d'autre, plusieurs.

a) Dans toute obligation, même divisible, où il n'y a qu'un seul créancier et un seul débiteur, le paiement doit se faire en une fois, à moins que les parties, expressément ou tacitement, ne conviennent du contraire. Nous avons vu que lorsque je dois Stichus et que je livre au créancier, qui accepte, la moitié de Stichus, je suis libéré pour cette part; décision qui s'applique à l'obligation de toute chose déterminée, d'une *quantitas* ou d'une *species* (1).

Mais en serait-il de même de l'obligation indéterminée, s'il s'agissait par exemple d'un esclave *in genere*, ou de l'alternative de donner Stichus ou Pamphilus? Si, devant l'un ou l'autre, je payais au créancier la moitié de Stichus, y aurait-il extinction de la dette pour moitié? La L. 2, § 1, D. XLV, 1, résout la question négativement. En effet, s'il y avait extinction partielle, il s'ensuivrait que le débiteur n'ayant perdu son choix que pour la moitié livrée, pourrait complètement se libérer en payant la moitié de Pamphilus; c'est-à-dire que le créancier, au lieu d'avoir l'un ou l'autre esclave, devrait recevoir la moitié de chacun, ce qui serait contraire au contrat. C'est pourquoi l'obligation alternative entre un seul débiteur et un seul créancier, lorsque le débiteur a le choix, est indivisible *petitione* et *solutione*, c'est-à-dire que le créancier ne peut demander ni le débiteur faire de paiement par-

(1) L. 9, § 1, D. XLV, 3; — L. 2, § 1, D. XLV, 1.

tiel de telle manière qu'il y ait extinction partielle de la dette. Si j'ai promis Stichus ou Pamphilus, tant que je n'ai transmis que la propriété de la moitié de l'un, il n'y a pas de paiement véritable. *Nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est*, dit Paul à la loi citée, *sed aut statim repeti potest, aut in pendentis est donec alius detur*. Le débiteur peut reprendre la moitié qu'il a payée, ou parfaire le paiement commencé de la même *species*. Toutefois il ne peut répéter la moitié payée qu'en donnant l'autre *species* pour le tout, car ce n'est que par ce second paiement que la première dation constitue un *indebitum* (1).

Mais si le créancier a le choix, et non le débiteur, l'obligation alternative ou générique entre un seul créancier et un seul débiteur devient tout à fait divisible, *petitione et solutione*. Le créancier ne peut, en effet, demander le paiement, même partiel, sans exercer son choix, c'est-à-dire sans faire de l'obligation générique ou alternative une obligation d'un corps certain, une obligation divisible.

b) Lorsque, dans une obligation alternative ou générique, il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, l'obligation sera indivisible *a parte creditorum seu petitione*, ou indivisible *a parte debitorum seu solutione*, suivant que le choix appartient aux créanciers ou aux débiteurs.

Lorsque les créanciers ont le choix, elle est indivisible *petitione*, en ce sens que les créanciers ne peuvent pas agir séparément ni par leur part ni pour le tout. En effet, si quelques-uns agissaient pour le tout, les autres seraient privés du choix; si pour leurs parts seulement, les autres pourraient différer entre eux dans le choix et exiger ainsi du débiteur, au lieu de l'une ou de l'autre chose, des parts de choses différentes. Comme telle n'était pas l'intention des contractants, il a fallu exiger que toutes les parties agissent ensemble ou qu'une agit au nom de toutes. C'est pourquoi la L. 23, § 17, D. X, 2, prévoyant le cas où l'un des créanciers, par son refus de se joindre aux autres, empêcherait l'exécution de l'obligation, le déclare passible des dommages et intérêts envers ses cocréanciers, comme au cas où l'un des créanciers d'une ser-

(1) Voir POTIER, *Pand.*, Liv. 43, § 73, n° 6 (III, p. 216, éd. 1819).

vitute empêcherait par son refus la constitution de ce droit (1).

Lorsque les débiteurs ont le choix, l'obligation devient divisible *petitione*, mais indivisible *solutione*. S'il y a plusieurs créanciers, ils pourront former leurs demandes chacun pour sa part, mais les débiteurs devront s'accorder sur le choix, ils devront s'entendre pour payer ensemble. S'il était permis que chacun payât séparément sa part, il pourrait encore en résulter que le créancier reçût, au lieu de l'une ou de l'autre des choses promises, des parts de l'une et de l'autre; si l'un des débiteurs payait le tout, les autres seraient privés du choix. L'obligation est donc divisible *petitione* entre les créanciers comme contre les débiteurs, mais en même temps elle est indivisible *solutione*, ce qui a fait dire à Paul à la L. 83, § 4, D. XLV, 1 : *Pro parte autem peti, solvi autem nisi totum non potest*.

Les débiteurs, s'ils sont cohéritiers, ont l'action *familiae eriscundae* pour se contraindre l'un l'autre à procéder au choix ou au paiement de la dette commune. Toutefois, si, à défaut de paiement, des dommages et intérêts étaient exigés, chacun ne serait condamné que *pro parte*, et la perte résultant de l'insolvabilité de l'un d'eux serait supportée par le créancier.

De même qu'elle est divisible en ce qui concerne les dommages et intérêts, l'obligation générique ou alternative est susceptible de remise partielle, soit que les créanciers, soit que les débiteurs aient le choix. En effet, la partie remise, n'ayant été ni exigée ni payée, ne pourrait constituer avec la partie non-remise le paiement de parties de choses différentes. Pareillement et pour des motifs tout à fait semblables, si le créancier a échoué dans sa demande contre un débiteur, les autres pourront se prévaloir de la chose jugée pour cette part, mais pour cette part seulement. Paiement unique pour le tout, mais jugement, remise et libération partiels, tels sont les caractères de l'obligation qui nous occupe, ce que la L. 2, § 3, D. XLV, 1, a exprimé en ces termes : *Si tamen hominem stipulatus, cum uno ex heredibus promissoris egero* (sous-entendu *et succubero*) *pars dumtaxat ceterorum obligationi supererit, ut et*

(1) Voir L. 2, § 2, D. XLV, 1. — L. 26, § 14, D. XII, 6.

solvi potest. Idemque est si uni ex heredibus accepto latum sit.

249. Ces effets sont particuliers à l'obligation indivisible par sa forme; ils ne s'étendent pas à l'obligation indivisible par la nature de son objet, laquelle demeure indivisible dans toutes ses manifestations. Pour celle-ci, le jugement qui intervient entre un créancier et un débiteur, est toujours indivisible; il profite à tous les créanciers s'il est condemnatoire (1) et leur nuit à tous s'il est absolutoire; sauf qu'ils pourront intenter l'*actio doli* s'il y a eu collusion entre le créancier poursuivant et le débiteur (2).

On ne saurait non plus remettre pour partie l'obligation indivisible par sa nature; la remise ne peut se faire que pour le tout, par tous les créanciers, à tous les débiteurs (3), d'où la conséquence que l'obligation n'est point susceptible d'être éteinte par une novation faite par un créancier, ou faite avec un seul débiteur.

Nous nous arrêterons à ces conséquences de l'indivisibilité qui résulte de la nature de la chose, parce que nous aurons à y revenir lorsque nous comparerons l'obligation indivisible de sa nature avec l'obligation corréale et solidaire.

250. Nous venons de voir que les parties ne sauraient pas contracter une obligation alternative ou générique, sans que celle-ci, quoique embrassant des choses divisibles, devienne indivisible quant au choix. A ces obligations indivisibles par leur forme, viennent se joindre quelques autres qui, bien que divisibles par leur objet, tiennent cependant certains caractères d'indivisibilité de la volonté expresse ou tacite des parties, ou de la loi.

a) Telle est d'abord l'obligation avec clause pénale, lorsque cette clause est ajoutée à un *negotium stricti juris* ou à une stipulation conventionnelle. L'obligation, quel que soit son objet, devient alors indivisible, en ce sens qu'elle est regardée comme inexécutée si elle n'a pas été exécutée pour le tout, et que dès lors toute la peine est encourue. Si donc un seul héritier du débiteur n'a pas accompli l'obligation au terme voulu, la peine, qui est chose divisible, se

(1) *Victoria aliis proderit*, dit la L. 4, § 3, D. VIII, 5.

(2) L. 19, D. VIII, 5.

(3) L. 13, § 1, D. XLVI, 4.

poursuivra contre chaque héritier pour sa part, sauf le recours de ceux qui ont exécuté l'obligation contre leurs codébiteurs en défaut (1).

Remarquons bien que la clause pénale ne produit ces effets que dans les stipulations conventionnelles, parce qu'on y suit fidèlement les termes de l'engagement. Dans la stipulation : *Vous me donnerez telle chose, et, si vous ne me la donnez pas, vous me paierez cent*, le « si vous ne me donnez pas » est en effet considéré comme une condition, laquelle, comme toute condition, ne peut s'accomplir par partie. Si donc la chose entière n'est pas donnée au terme convenu, la peine est encourue. C'est en ce sens qu'on peut dire que la clause pénale rend l'obligation indivisible *solutione*, quand même elle serait divisible à tous autres égards (2).

b) Est encore indivisible *solutione*, mais cette fois-ci *aequitatis causâ*, l'obligation du commodataire. Le commodat, ayant pour objet des choses corporelles, constitue de sa nature une obligation divisible; l'action s'intente contre chacun des héritiers du commodataire pour sa part héréditaire seulement; et, si par le fait du défunt la chose ne peut être restituée, chaque héritier n'est condamné aux dommages et intérêts que pour cette même part. Mais si la chose prêtée subsiste et qu'elle soit redemandée, celui-là des héritiers aux mains duquel elle se trouve pourra être condamné à la restitution et devra seul les dommages et intérêts, si la non-restitution n'a dépendu que de lui. *Heres ejus qui commodatum accipit*, dit la L. 3, § 3, D. XIII, 6, *pro ea parte quâ heres est convenitur, nisi forte habuit facultatem totius rei restituendae, nec faciat : tunc enim condemnatur in solidum, quasi hoc boni judicis arbitrio conveniat*.

Il est évident que cette décision d'équité, qui déroge aux principes de la divisibilité des obligations, s'applique à tous les con-

(1) L. 2, § 6, — L. 2, — L. 3, § 4, D. XLV, 1. Voir le chap. de la clause pénale.

(2) Inutile d'ajouter que pareille indivisibilité n'existe pas dans notre droit moderne, puisque, comme nous l'avons montré ailleurs, elle n'existait pas même dans les contrats *juris gentium* ni dans les stipulations prétoriennes.

trats de bonne foi où il s'agit d'une restitution, par conséquent aussi au dépôt et au louage. Mais on ne saurait l'étendre plus loin, on ne saurait l'appliquer à toute obligation de livrer une *species*, car la loi ne parle que de l'obligation de *restituer*, et les dérogations que l'équité introduit sont de stricte interprétation.

c) Une autre exception à la division des obligations divisibles concerne l'action du déposant. Si celui-ci laisse plusieurs héritiers, chacun, dit la L. 1, § 36, D. XVI, 3, ne peut demander que sa part lorsque la chose est matériellement divisible, comme l'est, par exemple, une somme d'argent; mais si la chose, quoique divisible en soi (c'est-à-dire intellectuellement), est matériellement indivisible, un seul des héritiers du déposant pourra réclamer toute la chose, pourvu qu'il donne caution au dépositaire et le mette ainsi à l'abri des poursuites de ses cohéritiers.

Il est donc reconnu par cette loi que, si l'obligation du dépositaire est divisible de sa nature, elle devra quelquefois s'exécuter comme si elle était indivisible. La L. 14, D. XVI, 3, dispense même de la caution pour le cas où la majorité des déposants ou des héritiers du déposant réclame en même temps la restitution. Mais ces décisions, remarquons-le encore une fois, ne s'appliquent l'une et l'autre qu'aux cas qui y sont spécialement prévus.

231. Si maintenant nous nous arrêtons pour résumer les explications qui précèdent, nous pourrions distinguer quatre espèces d'obligations :

1° Des obligations qui sont divisibles à tous égards, et par la nature de l'objet, et par la forme de l'obligation, sans qu'aucune volonté des parties ou de la loi ait empêché les effets de la divisibilité. Telle est l'obligation qui se contracte si je vous vends dix sacs de blé, ou si je vous promets mon esclave Stichus.

2° Des obligations qui sont indivisibles par la nature de la chose qui en est l'objet, par exemple : l'obligation qui a pour objet une servitude, un *facere*, un *non facere*.

3° Des obligations divisibles par la nature de leur objet, mais indivisibles à cause de leur forme. Telles sont les obligations génériques et alternatives.

4° Des obligations divisibles par leur nature, mais que la volonté

des parties ou la loi a rendues indivisibles à quelques égards. Telles sont la stipulation avec clause pénale, l'obligation de restituer une *species*, et, sous quelques rapports, l'obligation du dépositaire.

252. Avant de quitter ce sujet, comparons les distinctions que nous venons de faire avec les décisions que donne Paul, à la L. 85, D. XLV, 1. Ce jurisconsulte s'occupe de l'hypothèse où un débiteur meurt en laissant plusieurs héritiers. Il n'a pas pour but de rechercher quelles obligations sont indivisibles et quels effets en découlent, mais ce que, dans le cas posé, le créancier peut et doit demander à chacun des héritiers du débiteur décédé.

1° Il y a des cas, dit Paul (§ 1), où chacun des héritiers ne peut être assigné que pour sa part et où il se libère en la payant, par exemple, lorsque l'obligation a pour objet une somme d'argent.

2° Il y a des cas où le créancier ne peut demander que le tout et où l'héritier assigné ne peut s'acquitter qu'en payant le tout. Paul cite comme exemples les obligations d'un *facere* ou d'un *non facere*, sans s'occuper des dommages et intérêts à réclamer en cas d'inexécution (§ 2 et § 3).

3° Il se peut que le créancier doive assigner chaque débiteur pour sa part (divisibilité *petitione*) sans que ceux-ci puissent se libérer par des paiements partiels (indivisibilité *solutione*). C'est ce qui arrive dans l'obligation générique où le choix est au débiteur, comme il faut toujours le supposer à moins de stipulation contraire (§ 4).

4° Dans certains cas, le créancier doit demander le tout, et, si ce tout n'est pas presté, tous les débiteurs sont tenus, mais ils le sont *pro rata*, c'est-à-dire de telle sorte que chacun est libéré par un paiement partiel. Paul donne pour exemples l'obligation avec clause pénale et l'obligation qui naît de l'éviction (§ 5 et § 6). Nous avons montré sous quels rapports la première est indivisible, il nous reste à expliquer l'indivisibilité de la seconde.

253. L'obligation résultant de l'éviction n'existe que lorsque le vendeur n'est pas venu défendre l'acheteur, lorsque, sur la dénonciation qui lui a été faite par l'acheteur attaqué, il n'est point venu prendre fait et cause pour lui. S'il s'était mis aux lieu et place de

l'acheteur et qu'il eût assumé sur lui la *litis aestimatio*, il ne pourrait être ultérieurement question d'une obligation résultant de l'éviction, car ce serait le vendeur et non l'acheteur qui serait condamné.

Lorsqu'il y a plusieurs vendeurs ou plusieurs héritiers du vendeur primitif, l'acheteur pourra exiger que tous viennent assumer sur eux la défense, et cette obligation devra s'exécuter *in solidum*, de telle sorte que, si un seul héritier fait défaut, l'obligation résultant de l'éviction que souffrira alors l'acheteur, recaillira contre tous ses garants, contre ceux qui sont venus le défendre comme contre les autres; mais elle se divisera entre eux en raison de leurs portions héréditaires.

Il en est donc absolument de la *dupli stipulatio*, pour le cas d'éviction, comme de l'obligation avec clause pénale. De même que, dans celle-ci, tous les héritiers sont tenus de payer la peine, chacun pour sa part, si un seul a manqué à l'obligation principale, de même tous les héritiers du vendeur sont obligés de payer le *duplum* en raison de leurs parts héréditaires, si un seul d'entre eux a manqué de venir assumer pour sa part la défense de l'acheteur.

254. Dans l'obligation indivisible, si un seul des créanciers peut poursuivre l'exécution de toute obligation, cela provient, non pas de ce que les créanciers ont spécialement stipulé ce droit ou se trouvent dans une communauté d'intérêts, mais uniquement de ce qu'on ne saurait exiger l'impossible ni en être tenu. Or l'un des créanciers exigerait l'impossible s'il poursuivait, à concurrence de sa part, l'exécution d'une obligation qui n'admet aucune exécution partielle. Il fallait donc, ou bien que chaque créancier fût autorisé à demander l'exécution tout entière au profit de tous, ou bien que l'exercice de l'action fut subordonné au concours de tous les créanciers. Mais ce dernier système eût mis leurs droits en péril, car il eût suffi du mauvais vouloir d'un seul pour paralyser l'action de tous; tandis qu'il n'y avait aucun inconvénient à accorder l'exercice de l'action à chacun des créanciers pour le tout. L'action tend en effet à conserver la créance commune, elle interromp la prescription, et le jugement qui intervient, absoluire

ou condamnatoire, étendra ses effets à tous les créanciers (1), sauf cette restriction que le créancier poursuivant qui aurait colludé avec le débiteur pour le faire absoudre, serait soumis à l'*actio doli* de la part de ses cocréanciers (2).

C'est donc dans l'intérêt des créanciers que le concours de tous n'a pas été exigé. Mais de ce qu'un seul peut réclamer l'exécution pour tous, s'ensuit-il qu'il puisse aussi réclamer les dommages et intérêts pour tous, à défaut d'exécution, ou qu'il puisse d'une manière quelconque libérer à lui seul le débiteur, soit par *acceptilatio*, soit par novation ? Nullement ; car, comme nous venons de le montrer, ce pouvoir accordé à chaque créancier de représenter les autres, il ne le puise pas dans un contrat qui unisse les intérêts de tous, ni dans la forme de stipulation, mais dans une nécessité momentanément inhérente à l'obligation. Si donc l'indivisibilité vient à cesser, les pouvoirs du créancier cessent avec la cause qui les a fait naître. C'est pourquoi, dès qu'il s'agit de dommages et intérêts, chaque créancier ne pourra agir que pour soi, ne pourra réclamer que ses propres intérêts (3). De même, quand il s'agit, non plus de poursuivre l'exécution, mais de disposer de la créance, la remise partielle étant impossible, et le créancier n'ayant plus de pouvoirs à l'effet de représenter les autres, l'*acceptilatio* et la novation laisseront subsister l'obligation dans son entier (4), et rien n'empêchera les autres créanciers d'en poursuivre l'exécution.

Cependant, si, à défaut d'exécution, des dommages et intérêts étaient exigés, et que le débiteur se trouvât en présence d'un créancier qui lui eût fait remise, il pourrait le repousser par l'*exceptio doli*. Il y a même plus : en équité, on doit admettre, croyons-nous, que le débiteur, en exécutant l'obligation envers le créancier

(1) L. 4, § 3, et L. 19, D. VIII, 5. — Voir Code civil, art. 709, 710, 1224 ; — POTIER, *Oblig.*, n° 647 et 663.

(2) Voir L. 19, D. VIII, 5. — Dans le droit actuel, les autres créanciers ont dans tous les cas, outre la voie d'appel tant qu'elle reste ouverte, celle de la tierce-opposition. — Voir POTIER, *Oblig.*, n° 59 ; — DURANTON, T. XII, n° 528, éd. fr. — Art. 474 du Code de proc.

(3) L. 4, § 3, D. VIII, 5.

(4) L. 12, § 1, D. XLVI, 4.

qui n'a pas fait de remise, a le droit d'exiger qu'on lui tienne compte de la part du créancier qui l'a libéré, en ce sens que, bien qu'il soit forcé d'exécuter l'obligation indivisible pour le tout, il succède néanmoins dans les droits du créancier dont il a obtenu décharge. C'est ce qui a été admis par l'art. 1224 du Code civil. Quoique cet article refuse à un seul créancier le droit de remettre la totalité de la dette ou de recevoir les dommages et intérêts pour tous, il exige que, si un seul a remis la dette, les autres, tout en poursuivant l'exécution, lui tiennent cependant compte de la portion du cohéritier qui a fait la remise ou reçu ce prix. Toutefois, ils ne devront cette indemnité au débiteur que pour le cas où cette remise leur procure un bénéfice réel (1).

253. Quant au cas où il y a plusieurs débiteurs d'une chose indivisible, la faculté qu'a le créancier de s'en tenir à un seul pour l'exécution de toute obligation, résulte également de la nécessité, car, s'il demandait des exécutions partielles, il exigerait l'impossible. Mais pour ce qui concerne les dommages et intérêts, cette nécessité cesse. Aussi avons-nous vu que, pour le cas d'inexécution d'une obligation dont l'objet est un *facere*, chaque débiteur n'est passible que de sa quote-part des dommages et intérêts. S'il en est autrement dans la stipulation d'une servitude, si là un seul

(1) Comparez *Traité sur les Obligations divisibles et indivisibles*, par M. ANTONIN BOURGEOIS DE LAYRE, avocat à Poitiers (Paris, 1845), où nous trouvons, p. 116, les exemples que voici :

« Je me suis engagé envers une personne à lui bâtir un édifice sur son terrain. Mon créancier décède, laissant trois héritiers; l'un d'eux me fait remise de mon obligation. Cette remise ne m'empêchera pas d'être tenu envers les deux autres héritiers de leur bâtir l'édifice en entier; mais alors, comme ces deux héritiers profiteront de la maison en totalité, qu'ils retireront un bénéfice de la remise faite par leur cocréancier, ils devront m'indemniser, cela est parfaitement clair.

» Mais supposons que mon voisin m'ait concédé un droit de passage sur son terrain : je meurs laissant trois héritiers. L'un d'eux fait remise de la servitude au débiteur : ce débiteur pourra-t-il demander aux deux autres héritiers une indemnité fondée sur ce qu'ils ne sont plus que deux à jouir de la servitude, tandis qu'avant ils étaient trois ? » Et M. BOURGEOIS se prononce avec raison pour la négative, parce que cette remise ne produit aucun profit pour ceux qui sont appelés à jouir de la servitude.

Voir aussi PANDÉCTES, *Traité des Servitudes*, n° 317 et suiv.

peut être tenu de tous les dommages et intérêts, qui participent en quelque sorte de l'indivisibilité de la servitude, cette différence, dont nous avons déjà expliqué l'origine (n° 246), ne s'est peut-être conservée que par le motif que les codébiteurs d'une servitude, étant ordinairement cohéritiers ou communistes (1), il était toujours facile au codébiteur qui avait payé les dommages et intérêts de recouvrer les parts des autres par le *judicium familiae erciscundae* ou *communi dividundo*.

Le *judicium* qui intervient entre le créancier et un seul des débiteurs vaut pour tous; il leur procure à tous l'exception de la chose jugée si le créancier est débouté de sa demande, il leur nuit à tous si le débiteur mis en cause est condamné, sauf que ce que nous avons dit plus haut de l'*actio doli* en droit romain et de la tierce-opposition en droit français, trouve aussi une application nouvelle.

Mais quels seront les effets de la remise faite à l'un des débiteurs, ou de la novation consentie avec l'un d'eux? La libération ne pouvant être partielle, il est évident que les autres resteront obligés pour le tout. *Si id quod in stipulationem deductum est, divisionem non recipiat*, dit la L. 15, § 1, D. XLVI, 4, *acceptilatio in partem nullius erit momenti*.

Mais ici encore nous devons ajouter que le créancier qui voudrait poursuivre les dommages et intérêts contre celui-là même des débiteurs qu'il aurait libéré, serait repoussé par l'*exceptio doli*. Et d'autre part, comme celui des débiteurs d'une chose indivisible qui est obligé d'exécuter seul l'obligation, paie non pas parce qu'il s'y est obligé, mais parce que par nécessité il gère pour les autres, que par conséquent il a l'*actio negotiorum gestorum* contre ses codébiteurs s'ils ne sont ni cohéritiers ni communistes (2), nous devons admettre qu'il pourra forcer le créancier qui a fait remise à l'un de ses codébiteurs de lui en tenir compte. En effet, s'il ne le pouvait, la remise serait sans effet même à l'égard du débiteur qui l'a obtenue, puisqu'il devrait payer à son codébiteur lors du recours que celui-ci exercerait contre lui.

(1) Sauf le cas tout exceptionnel où plusieurs auraient promis une servitude sur le fonds d'autrui.

(2) L. 2, § 5, L. 85, § 3, D. XLV, 1. — L. 40, L. 43, D. III, 3.

En résumé donc, un seul débiteur doit, par nécessité, exécuter l'obligation en entier, de même que chaque créancier a mandat pour poursuivre cette exécution. Mais activement et passivement l'unité n'existe que dans l'exécution, dans la poursuite, dans la défense. Dans tous les actes d'aliénation volontaire, les droits de chacun demeurent distincts; la remise de la part d'un créancier ne peut arrêter les autres, ni la remise faite à l'un des débiteurs, libérer ses codébiteurs.

Si maintenant, aux effets de l'indivisibilité nous voulons comparer ceux de l'obligation corréale et de l'obligation solidaire, il nous faudra d'abord rechercher les causes et la nature de chacune d'elles, comme nous avons fait pour l'obligation indivisible.

236. Dans l'obligation corréale, qui n'a pour cause que le testament et la convention (1), comme dans l'obligation solidaire, le paiement fait à l'un des créanciers libère le débiteur à l'égard de tous, et celui fait par l'un des débiteurs éteint l'obligation pour tous les codébiteurs. Mais si ces effets sont communs à l'une et l'autre de ces obligations, ce qui établit entre elles une différence essentielle, c'est que, dans l'obligation corréale, il n'y a en réalité qu'une seule obligation (2), tandis que, dans l'obligation solidaire proprement dite, il y a, à part l'unité de la poursuite et du paiement, autant d'obligations que de créanciers ou de débiteurs solidaires.

Mais comment concevoir que dans l'obligation corréale il y ait plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, et qu'il n'y ait qu'une seule créance? C'est que l'obligation corréale active flotte pour ainsi dire incertaine entre tous les créanciers jusqu'à ce que l'un d'eux, en prévenant les autres, la fixe sur lui comme s'il eût seul stipulé, et s'en rende le seul et unique maître; ce que la L. 31, § 1, D. XLVI, 2, exprime en ces termes : *Unumquemque perinde sibi adquisisse ac si solus stipulatus esset; excepto eo, quod etiam facto ejus cum quo commune jus stipulantis est, amittere debitorem*

(1) Anciennement le testament et la stipulation seulement.

(2) Remarquons que les textes se servent toujours, pour la désigner activement, des mots *correi stipulandi* ou *credendi*, et passivement, des mots *correi debendi*, *promittendi*.

potest. Chaque créancier est considéré comme s'il avait seul stipulé, excepté que, par le fait de son cocréancier, il peut perdre son codébiteur. De ce principe découlent tous les effets de la corréalité active; comme du principe analogue — que l'obligation corréale reste en suspens entre tous les débiteurs jusqu'à ce qu'un d'eux ait été assigné, — découlent tous les effets de la corréalité entre débiteurs. Ce qui achève de prouver ce caractère incertain de la corréalité tant active que passive, c'est la décision de la L. 62, D. XXXV, 2, relative à la computation de la quarte falcidienne. Si, dit Ulpien dans ce texte, le testateur est *correus stipulandi* ou *promittendi*, il faut distinguer : s'il est associé avec ses *correi*, on portera sa quote-part de l'obligation à l'actif ou au passif de la succession; s'il n'est pas associé, tout demeure en suspens, car il est incertain lequel des *correi credendi* profitera de la créance, lequel des *correi debendi* devra en définitive supporter la dette. Donc il n'y a, comme nous l'avons dit, qu'une obligation, incertaine entre les créanciers comme entre les débiteurs.

Ce principe reconnu, voyons d'abord les effets de la corréalité active.

Quand il y a plusieurs créanciers, non seulement un seul peut agir pour le tout, mais, par le jugement et même par la *litis contestatio*, l'action est éteinte pour tous les autres. Celui qui agit, non prévenu par aucun autre, est considéré comme unique créancier; donc un seul créancier peut aussi, tant qu'il n'a été prévenu, libérer complètement le débiteur, soit en lui faisant remise, soit par novation (1).

Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs dans une obligation corréale, l'obligation est suspendue sur tous jusqu'à ce que le choix du créancier l'ait fixée par la *litis contestatio* sur un seul, qui sera dès lors considéré comme s'il eût toujours été l'unique promettant.

Un seul débiteur peut donc être assigné, un seul prêter le serment décisoire, un seul être condamné sans qu'il ait de recours contre ses codébiteurs, qui par la *litis contestatio* sont dégagés de tout lien.

(1) L. 31, D. XLVI, 2; — L. 13, § 12, D. XLVI, 4.

Toutefois Justinien a modifié sur ce point l'ancien droit, en décidant que le créancier qui a intenté l'action la conservera contre tous les débiteurs tant qu'il n'aura pas été satisfait (1). Il ôte ainsi à la *litis contestatio* les effets libératoires qu'elle produisait auparavant à l'égard des *correi debendi* non assignés. Mais comme c'est la seule innovation qu'il introduit, il n'empêche pas que le débiteur assigné qui prête serment *litis-décisoire*, qui obtient l'absolution ou qui obtient sa libération par novation, acceptilation ou compensation, ne soit regardé comme unique débiteur et ne libère entièrement les autres, contre lesquels il ne conserve pas même de recours (2).

Donc, dans l'obligation corréale, chaque créancier est créancier pour le tout, chaque débiteur doit le tout, il n'y a qu'une obligation unique, qu'un seul acte éteint toujours pour tous, sauf que la *litis-contestation*, tout en éteignant l'action des *correi stipulandi* qui n'agissent pas, ne libère pas les *correi debendi* non assignés, tant que le paiement ne s'est fait.

Il en est autrement de la solidarité.

257. Si la corréalité n'a sa cause que dans le testament ou dans la convention, la solidarité a la sienne dans la loi. Ainsi, en vertu de la loi, il y a solidarité active et passive entre plusieurs *argentarii*, c'est-à-dire entre des banquiers qui sont associés, et dont un seul peut constituer les autres, créanciers ou débiteurs solidaires (3). C'est du reste le seul exemple que les lois romaines nous donnent de solidarité proprement dite entre créanciers; mais il y a solidarité entre débiteurs :

1° Pour réparations civiles, entre plusieurs délinquants (4);

2° Pour plusieurs tuteurs, curateurs, syndics, ou même entre mandataires, lorsqu'une même administration leur a été confiée (5);

(1) L. 28, C. VIII, 41.

(2) L. 28, D. XII, 2.

(3) L. 27, D. II, 14, — L. 52, § 5, D. XVII, 2. — Voir RIBBENTROP, *sur Lehre von der Correalobligation* (Gott., 1881, p. 242).

(4) L. 1, § 4, D. II, 10; — L. 14, D. IV, 2; — L. 1, *in fine*, et L. 3, D. IX, 3.

(5) L. 38, D. XXVI, 7. — L. 1 et L. 2, C. XI, 35.

3° Entre plusieurs fidéjusseurs (1);

4° Entre plusieurs commodataires, locataires ou dépositaires qui sont tenus de la même restitution (2).

Si elle naît de causes différentes, l'obligation solidaire a cela de commun avec l'obligation corréale que le paiement fait par l'un des débiteurs ou à l'un des créanciers l'éteint à l'égard de tous. Mais, malgré cette unité commune de paiement, il y a dans l'obligation solidaire autant d'obligations que de créanciers ou de débiteurs, tandis qu'il n'y en a jamais qu'une dans l'obligation corréale.

D'autres différences la distinguent de l'obligation indivisible. Le mandat que les créanciers solidaires sont censés s'être donné n'est pas de nécessité; l'obligation solidaire peut avoir pour objet une chose divisible aussi bien qu'une chose indivisible; il n'existe donc pas de motifs pour limiter ce mandat à l'exécution même, et l'un des créanciers pourra aussi poursuivre les dommages et intérêts résultant de la non-exécution. Mais pour ce qui concerne le droit de disposer de la créance, un seul ne peut disposer que de sa part : *Si unus ex argentariis sociis*, dit la L. 27, D. II, 14, *cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere : tantum enim constitutum ut solidum alter petere possit. Idem Labeo : nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur*. Un seul des créanciers ne peut novier, ne peut transiger, ne peut faire remise que pour sa part (3). Enfin le jugement même ne nuit ni ne profite aux autres : *Plures ejusdem pecuniae credendae mandatores, si unus judicio eligatur, absolutione quoque secuta non liberantur* (4).

De même, quand il s'agit de solidarité passive, l'action peut être intentée contre un seul, un seul peut être forcé de payer (5); mais,

(1) L. 4, Inst. III, 21.

(2) L. 5, § 18, D. XIII, 6. — L. 1, § 43, D. XVI, 3.

(3) Compar. L. 1, C. II, 4.

(4) L. 52, § 3, D. XLVI, 1. — Voir aussi L. 14 et L. 15, D. IV, 2; — L. IV, D. IX, 3.

(5) Mais, à la différence du *correus debendi*, il a son recours contre ses

comme ce n'est que quant au paiement que l'obligation est une et indivise, la remise faite à un seul n'opère que pour sa part, et le jugement n'a d'effet qu'à son égard (1).

Une dernière différence entre l'indivisibilité et la solidarité résulte de ce que l'indivisibilité est une qualité *réelle* de l'obligation, se transmettant aux héritiers des débiteurs et des créanciers, comme à leurs cessionnaires, tandis que la solidarité est une qualité *personnelle*, provenant du fait des débiteurs ou des créanciers et qui lie ceux-ci solidairement, mais qui ne s'étend pas aux héritiers. Si A et B sont débiteurs solidaires de 1000, les héritiers de A devront bien 1000 à cause de l'obligation solidaire de leur auteur, et non 500; mais ces 1000, il ne les devront pas eux-mêmes solidairement. De là aussi une différence quant à la prescription, car, si, entre créanciers ou entre débiteurs solidaires, la prescription interrompue à l'égard de l'un l'est à l'égard de tous, et que jusque là il y ait analogie complète entre la solidarité et l'indivisibilité, il n'en est pas de même pour ce qui concerne les héritiers des débiteurs ou des créanciers solidaires entre eux. L'acte qui interromp la prescription à l'égard de l'un des héritiers ne l'interrompt pas à l'égard de ses cohéritiers.

D'un autre côté, l'obligation solidaire demeure telle, tant pour les dommages et intérêts que pour l'objet principal, tandis que dans l'obligation indivisible, au moins quand il s'agit d'un *facere*, les dommages et intérêts se divisent.

Il s'ensuit ultérieurement que, bien que toute obligation indivisible soit solidaire, en ce sens que son exécution peut être poursuivie contre chaque débiteur *in solidum*, cependant la solidarité stipulée ajoute à la solidarité de la dette indivisible, puisqu'en vertu de la première les codébiteurs sont tenus solidairement, non pas seulement de l'exécution, mais aussi des dommages et intérêts. Le droit moderne n'admet cette solidarité dans l'obligation indivisible que sous des modifications que nous verrons ci-après.

codébiteurs. Comparez d'une part les L. 1, §§ 14 et 15, D. XXVII, 3; — L. 4, C. V, 44; — L. 2, C. V, 58; — L. 1, § 10, L. 2, L. 4, D. IX, 3; — d'autre part les L. 30, D. XLVI, 1, et L. 1, C. VIII, 41.

(1) L. 27, D. II, 14; — L. 1, C. II, 4; — L. 52, § 3, D. XLVI, 1.

APPENDICE AU CHAPITRE XVIII.

DES OBLIGATIONS INDIVISIBLES EN DROIT FRANÇAIS.

Sommaire.

- 258. Bases du système de Pothier.
- 259. Système du Code. — Trois causes d'indivisibilité.
- 260. De l'indivisibilité *contractu*. — Les choses corporelles sont divisibles.
- 261. De l'obligation de constituer une servitude.
- 262. De l'obligation d'un *facere*, indivisible. — Erreur de Pothier reproduite par le Code.
- 263. De l'obligation d'un *non facere*. — Erreur de Pothier et de Marcadé.
- 264. De l'indivisibilité *obligatione*. — Notions qu'en donne Pothier.
- 265. L'article 1218, pris à Pothier pour désigner ce qu'il appelle l'indivisibilité *obligatione*, est dans le système du Code, complètement inutile, en théorie comme en pratique.
- 266. D'où est venue à Dumoulin l'idée de l'obligation indivisible *obligatione*.
- 267. Résumé des numéros qui précèdent.
- 268. Effets de l'indivisibilité de l'obligation à l'égard des créanciers.
- 269. Effets à l'égard des débiteurs.
- 270. Effets de la divisibilité. — Renvoi.
- 271. Exception : indivisibilité *solutione*, ou entre débiteurs, de l'obligation divisible de sa nature (art. 1221).
- 272. Art. 1221. — 1^o Indivisibilité de la dette hypothécaire. — Erreur du Code.
- 273. Art. 1221. — 2^o Indivisibilité *solutione* de la dette d'un corps certain.
- 274. Art. 1221. — 3^o Indivisibilité de la dette alteroative où l'une des deux choses est indivisible (*solutione*). — Controverse.
- 275. Art. 1221. — 4^o Indivisibilité *solutione* lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation.
- 276. Art. 1221. — 5^o Indivisibilité *solutione* qui résulte soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat.
- 277. Résumé.

258. Avant d'étudier le système consacré par le Code civil, il est indispensable de connaître celui que présente Pothier d'après Dumoulin. C'est Pothier, en effet, que le législateur français a le plus fréquemment consulté pour la rédaction de cette partie du Code, et c'est par Pothier seul qu'on peut parvenir à expliquer, sinon à justifier, plusieurs de ses dispositions.

On cherche vainement dans Pothier, comme dans Dumoulin, quelque notion claire et précise de la divisibilité et de l'indivisibilité, quelque idée fondamentale. Ainsi leurs définitions n'apprennent rien, et ne sont guères que des pétitions de principe. D'après ces auteurs, l'obligation divisible ou *dividuelle*, comme le dit Pothier, est celle qui peut se diviser, et « une obligation peut se diviser lorsque la chose due, qui en fait et la matière et l'objet, est susceptible de division et de parties pour lesquelles elle puisse être payée. Au contraire, l'obligation est *individuelle* et ne peut se diviser lorsque la chose due n'est pas susceptible de division et de parties et ne peut être payée que pour le total » (1).

Pothier ajoute immédiatement que la division dont il est ici question n'est pas la division physique qui consiste *in solutione continuitatis*, mais qu'elle est une division civile. Or, civilement on distingue, dit-il, deux espèces de divisions : l'une qui se fait en parties réelles et divisées, l'autre qui se fait en parties intellectuelles et indivisées. Lorsqu'on partage un arpent de terre en deux, en plantant une borne au milieu, c'est une division de la première espèce (2). Lorsque le propriétaire d'une pièce de terre meurt et laisse deux héritiers qui en deviennent propriétaires chacun pour une moitié indivise, c'est une division de la seconde espèce; la partie de chaque héritier est indivise et n'existe qu'*in jure et intellectu*.

Il suffit, ajoute Pothier, qu'une chose soit susceptible de cette

(1) POTHIER, *Traité des Oblig.*, n° 287 et 288.

(2) Ceci ne serait vrai que si la pièce de terre pouvait avoir partout même qualité, même utilité, même valeur. Mais c'est là l'exception; en règle générale, toutes choses corporelles non fongibles, sont indivisibles matériellement, parce que les parties ne peuvent guère présenter absolument les mêmes qualités que le tout. Voir page 305, note 1.

seconde division, quoiqu'elle ne le soit pas de la première, pour que l'obligation de la donner soit une obligation divisible. Et il invoque la loi que nous avons déjà souvent citée : *Qui Stichum debet parte Stichi data, in reliquam partem tenetur* (L. 9, § 1, D. XLVI, 3).

Passant à l'explication des obligations indivisibles, il dit : « Les choses indivisibles sont celles qui ne sont susceptibles ni de parties réelles, ni même de parties intellectuelles : telles sont la *plupart* des servitudes prédiales, *quae pro parte acquiri non possunt*. L'obligation de donner une chose de cette nature est une obligation indivisible (1).

Ainsi, d'après Pothier, quand l'obligation consiste *in dando*, celle qui a pour objet un corps certain est divisible, celle qui a pour objet une servitude est tantôt divisible, tantôt indivisible. Et comme si l'auteur avait indiqué un *criterium* d'après lequel on pût distinguer, dans ce dernier cas, l'obligation qui est divisible de celle qui ne l'est pas, il continue en ces termes : *La même règle* doit aussi servir à l'égard des obligations *in faciendo vel non faciendo*; et il adopte pleinement l'opinion de Dumoulin : *Omnis obligatio etiam facti dividua est, nisi quatenus de contrario apparet* (2).

Le système de Pothier peut donc se résumer dans les propositions que voici :

Une obligation est indivisible lorsque son objet n'est pas susceptible de parties matérielles ni intellectuelles. Au cas contraire, elle est divisible.

Mais quand cet objet est-il susceptible de parties réelles ou intellectuelles? Pas de règle générale dans Pothier, pas de principes, mais des distinctions et des exemples :

1° L'obligation qui consiste *in dando* est divisible lorsqu'elle a pour objet un corps certain;

2° A-t-elle pour objet une servitude, elle sera tantôt divisible, tantôt indivisible;

(1) Il cite DUMOULIN, *Tr. de div. et ind.*, p. 2, n° 201.

(2) DUMOULIN, p. 2, n° 112.

3° De même, si elle consiste *in faciendo* ou *in non faciendo*.

Nous retrouverons ce vague de la théorie de Pothier dans le système du Code.

259. Le Code civil, sans indiquer de règle générale d'après laquelle on puisse reconnaître si une obligation est divisible ou ne l'est pas, détermine cependant les effets des deux espèces d'obligations et ramène aussi l'indivisibilité à trois causes; car, à l'exemple de Dumoulin et de Pothier, il distingue, sinon nominativement, du moins virtuellement, trois espèces d'indivisibilités :

1° Celle que Dumoulin appelait l'indivisibilité *contractu* et que Pothier nomme absolue (art. 1217);

2° L'indivisibilité *obligatione* (art. 1218);

3° L'indivisibilité *solutione* (art. 1221).

Quant à l'indivisibilité *solutione*, elle n'est qu'un accident d'une obligation divisible, elle n'est qu'une exception qui, comme le mot l'indique, se rapporte au paiement; et quant à l'indivisibilité *obligatione*, nous verrons qu'en réalité elle ne diffère point de l'indivisibilité *contractu*.

260. D'après Dumoulin et Pothier, les obligations indivisibles *contractu* sont celles qui ont pour objet une chose indivisible de sa nature, comme sont par exemple la plupart des droits de servitude, ou certains faits (1).

C'est à cette indivisibilité *contractu* que se rapporte l'art. 1217 du Code civil :

« L'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet ou une chose qui, dans sa livraison, ou un fait qui, dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle. »

Mais comment concevoir qu'il puisse y avoir des choses qui, dans leur livraison, ne soient pas susceptibles de division, au moins intellectuelle? Il y aurait là de quoi nous embrasser, si nous n'avions vu que Pothier distingue les obligations d'un *dare* de celle d'un *facere*, et que parmi les premières il comprend et

(1) Nous disons : la plupart des servitudes et certains faits, puisque, d'après ces auteurs, il y aurait aussi des faits et des servitudes divisibles.

celles qui ont pour objet une chose corporelle, et celles qui ont pour objet les servitudes qui sont incorporelles. Le mot *chose* à l'art. 1217 doit donc se prendre dans cette signification large et avec le sens que Pothier y attache; il comprend à la fois les choses corporelles et les servitudes.

Quant aux choses corporelles, le Code, qui a aussi le tort de ne pas définir clairement l'obligation indivisible, ne dit pas en termes exprès qu'elles sont divisibles, mais du rapprochement des articles 1217 et 1221 2°, résulte cependant qu'elles y sont considérées comme telles. En effet, à l'article 1221 2°, l'obligation d'un corps certain est déclarée indivisible *solutione tantum*, ou, comme le dit ce même article, exceptionnellement indivisible à l'égard des héritiers du débiteur. L'obligation d'une chose corporelle dans notre droit diffère donc de la même obligation en droit romain, car chez nous, bien qu'elle soit divisible par sa nature, divisible entre créanciers, elle est indivisible *solutione*, c'est-à-dire entre plusieurs débiteurs qui sont obligés de la livrer, de la restituer. Nous en dirons le motif en interprétant l'art. 1221.

261. L'art. 1217 déclare indivisible l'obligation qui a pour objet une chose qui, dans sa livraison, n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle; et nous venons de voir que ces expressions ne peuvent s'appliquer qu'aux obligations qui ont pour objet une servitude. Mais sous le Code déciderons-nous, contrairement à la doctrine de Pothier, que toutes les obligations dont l'objet est une servitude sont indivisibles? Rien dans le texte du Code n'indique qu'il faille admettre des servitudes réelles divisibles; rien ne nous fait connaître à quels caractères il serait possible de distinguer la servitude divisible de celle qui ne l'est pas. Nous pouvons donc nous en rapporter à la discussion du n° 231 pour décider, en droit français comme en droit romain, qu'il n'y a pas de servitudes divisibles; que, s'il y en a qui dans leur exercice peuvent se diviser *tempore aut mensurâ* (1), il n'y en a pas qui

(1) Comme celles de conduit d'eau, de puisage, de pacage, d'abreuver les bestiaux, de cuire la chaux, de tirer du sable ou de la marne, etc., citées par DEMOULIN comme divisibles (n° 291 et 255); — TOULLIER, I. VI, n° 686.

puissent s'acquérir ou se perdre par parties, il n'y en a point qui, étant l'objet d'une obligation, puissent s'établir pour une part intellectuelle.

L'indivisibilité de la servitude présente sans doute dans le système de notre Code, comme dans le système du droit romain, des applications importantes, quand il s'agit soit de l'acquisition de la servitude, soit de son extinction par remise, par confusion, par prescription. Mais il importe de ne pas perdre de vue que, dans notre droit, la promesse et la stipulation de la servitude ne sont plus distinctes de son acquisition, par cela même qu'il suffit du seul consentement des parties pour constituer le droit réel. D'où il suit qu'il ne peut plus être question d'obligations qui seraient indivisibles comme ayant pour objet la constitution de servitudes, que pour le cas tout exceptionnel où l'on se serait engagé à faire constituer une servitude sur le fonds d'autrui; par exemple, si je vends mon champ en promettant à l'acheteur de lui faire avoir une servitude de passage sur la propriété du voisin.

C'est donc seulement à cette promesse et aux obligations d'un *facere*, avec lesquelles elle a une certaine analogie, que se rapportent les articles 1222 et suivants, qui déterminent les effets de l'obligation indivisible. Nous verrons au n° 263, que l'indivisibilité que Dumoulin et après lui Pothier appellent *indivisibilité obligatione*, ne diffère point de l'indivisibilité *contractu*, et qu'en suivant leurs traces, les rédacteurs du Code ont écrit un article entièrement inutile, l'art. 1218.

262. L'article 1271 nous ramène à une autre question dont nous nous sommes déjà occupés, à savoir s'il y a des obligations d'un *facere*, divisibles. De ses termes résulte évidemment que le Code en admet de telles : « L'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet... un fait qui, dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle. » Mais quels seront les faits susceptibles de cette division; à quoi le juge les reconnaîtra-t-il? Le Code ne le dit pas, et, pour notre part, nous avouons que nous ne connaissons pas de faits divisibles (1)

(1) Nous avons en effet vu plus haut que les obligations d'un *facere*,

Mais supposons, comme le fait le Code, d'après Pothier et Dumoulin, qu'il puisse y avoir des obligations d'un *facere* ou d'un *non facere* divisibles, et tout est livré à l'arbitraire. Nous n'en voulons pour preuve que l'exemple même invoqué par Pothier, et qui constate que cette opinion repose sur une équivoque. Au fond, dans l'exemple qu'il cite, il ne s'agit pas d'un *facere* : « Si le fait, dit-il, qui est l'objet de l'obligation, peut être acquitté par partie, comme si je me suis obligé à vous faire posséder une chose qui peut être possédée par parties, l'obligation sera divisible (*Oblig.*, n° 289). » Il est aisé de voir qu'il ne s'agit ici que de transporter soi-même ou de faire transporter par un tiers la possession d'une chose; en d'autres termes, qu'il s'agit d'une tradition qu'on doit faire soi-même ou par un tiers. Or, tout droit qui a pour objet une chose corporelle, soit droit de propriété, soit droit de possession, est divisible. Donc le seul exemple invoqué par Pothier en faveur de la divisibilité des obligations d'un *facere* lui fait défaut; et il ne pouvait en être autrement, car, sauf les modifications indiquées au n° 236, ces obligations sont toutes nécessairement indivisibles.

263. Quant à l'obligation d'un *non facere*, comme il est impossible que l'exécution en procure au créancier une chose corporelle, une chose divisible, la divisibilité ne se conçoit pas, et Pothier s'abuse encore une fois dans l'exemple qu'il donne au n° 289, d'une obligation consistant *in non faciendo*, qu'il prétend divisible. « Je me suis engagé envers vous, dit Pothier, à ne point inquiéter le possesseur d'un héritage à qui vous devez garantie. C'est, dit-il, une obligation *in non faciendo* qui est divisible, car on y peut satisfaire pour partie, et y contrevenir pour partie, en ne revendiquant qu'une partie de l'héritage.

Au premier abord, cet exemple paraît concluant, parce qu'il est hors de doute qu'on peut ne revendiquer qu'une partie d'une chose. Mais si on va au fond, on voit qu'on se trouve devant une

n'admettent pas de division, et que l'exception de la L. 54, Pr. D. XLV, 1, n'est qu'apparente, puisqu'il n'y est question que de journées de travail, c'est-à-dire d'un temps déterminé de travail indéterminé, temps essentiellement divisible.

hypothèse irréalisable, devant une pure abstraction. Je dois la garantie à Titius d'une chose appartenant à Mévius; j'obtiens de celui-ci la promesse qu'il n'agira pas contre Titius; au mépris de la foi donnée, Mévius intente la revendication : que fait Titius, mon ayant-cause? Il m'appelle à le défendre et, forcé de prendre la défense de Titius, j'oppose victorieusement à Mévius l'exception du pacte.

Comment Pothier a-t-il pu recourir à des hypothèses aussi hasardées, aussi impossibles, pour établir la divisibilité d'une obligation *in non faciendo*? Pour que la divisibilité fût démontrée, il faudrait évidemment qu'en revendiquant une partie de la chose (si toutefois pareille revendication était encore possible dans le cas posé), Mévius pût obtenir ou retenir une partie de la chose ou de la somme qui lui a été payée par transaction. C'est ce que Pothier devait prouver pour que son exemple devint concluant, et c'est précisément ce qu'il ne prouve pas et ce qu'il lui est impossible de prouver, puisque nous venons de voir que la revendication ne serait pas même admise pour partie.

Marcadé, un des auteurs qui ont le mieux expliqué cette partie du Code, partage l'erreur de Pothier, mais, comme s'il eût senti ce qu'il y a de faux dans l'exemple cité par ce jurisconsulte, il se prévaut d'une autre hypothèse pour en conclure à son tour qu'il y a des obligations *in non faciendo* qui sont divisibles. « Si vous vous êtes obligé, dit-il, à ne pas défricher vos cinquante hectares de bois, afin que je puisse y chasser, et que vous en mettiez huit ou dix en labour, votre obligation est respectée pour partie et violée pour partie (1). » Nous nions la conséquence. On peut sans doute défricher seulement une partie d'un bois, mais ce que Marcadé admet comme conséquence demeure précisément en question. Il s'agit toujours de savoir si en défrichant, ne fût-ce qu'une faible partie, le promettant aurait rempli son obligation, et s'il pourrait exiger ou retenir une partie quelconque du prix de concession. Évidemment il ne le pourrait pas. Le promettant qui, dans l'hypothèse de Marcadé, aurait de la sorte enfreint l'obligation, serait

(1) MARCADÉ, sur l'art. 1218.

censé ne pas l'avoir exécutée du tout, et soumis à la demande en résolution, conformément à l'art. 1184 du Code civil.

264. D'après Pothier (n° 292), tout ce qui est indivisible *contractu* l'est aussi *obligatione*, mais il y a en outre certaines choses qui sont indivisibles *obligatione* sans l'être *contractu*, ou, comme dit Pothier, « qui, quoiqu'elles eussent pu absolument être stipulées ou promises pour partie, et par conséquent quoiqu'elles ne soient pas *individuae contractu*, néanmoins dans la manière dont elles ont été considérées par les parties contractantes, ont quelque chose d'indivisible et qui ne peut par conséquent être dû par parties. »

Pothier donne pour exemple la construction d'une maison. « Je puis, dit-il, convenir avec un maçon qu'il me la construira pour partie, *putà* qu'il en élèvera les murs jusqu'au premier plancher; mais, quoique la construction d'une maison ne soit pas indivisible *contractu*, elle est ordinairement indivisible *obligatione*, car, lorsque quelqu'un fait marché avec un architecte pour lui construire une maison, la construction de la maison, qui fait l'objet de l'obligation, est, de la manière dont elle est considérée par les parties contractantes, quelque chose d'indivisible, et *quod nullam recipit partium praestationem*. » Et l'auteur invoque deux lois qui, comme nous venons de le voir plus haut, déclarent indivisible toute obligation qui a pour objet un *facere* (1). Enfin, comme second exemple d'indivisibilité *obligatione*, Pothier cite l'obligation de livrer un fonds *ad certum finem*, par exemple pour y construire un pressoir.

265. Quand on compare ces notions sur l'indivisibilité *obligatione* avec l'art. 1218, il est impossible de ne pas reconnaître que le Code admet aussi cette espèce d'indivisibilité, car cet article reproduit presque littéralement la définition de Pothier. Ce jurisconsulte avait dit : « L'obligation indivisible *obligatione* est l'obligation d'une chose qui, considérée sous le rapport sous lequel elle fait l'objet de l'obligation, n'est pas susceptible de parties. »

(1) L. 80, § 1, D. XXXV, 2, et L. 85, § 2, D. XLVI, 1. — Voir plus haut, n° 234.

L'article 1218 porte : « L'obligation est indivisible quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible de sa nature, si le rapport sous lequel la chose est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle. »

Mais lorsqu'on compare avec la doctrine de Pothier l'article 1221, 5°, on voit que le Code a établi une différence entre les deux exemples que Pothier cite comme appartenant tous deux à l'indivisibilité *obligatione*. En effet, l'obligation *fundum tradi ad certum finem* est une obligation indivisible *solutione* et non *obligatione*, puisque, comme l'exige l'article 1221 5°, « il résulte de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement. » Pareille obligation, divisible de sa nature, offrira donc, quant au paiement, les caractères d'indivisibilité qui y sont attachés par le dernier paragraphe de l'article 1221 ; tandis que l'obligation indivisible *obligatione* (pour parler le langage de Pothier) produira tous les mêmes effets que l'obligation indivisible de sa nature, effets qui sont déterminés par les articles 1222 à 1225.

La notion de l'indivisibilité *obligatione* ne s'applique donc plus, dans le système du Code, qu'à la construction d'un édifice et à des cas analogues. La distinction entre l'indivisibilité *contractu* et l'indivisibilité *obligatione* est d'ailleurs sans importance pratique, puisque, dans les articles suivants, il n'y a plus la moindre trace de la distinction scolastique établie par les définitions des articles 1217 et 1218.

266. Toullier (VI, n° 794) fait remarquer, au sujet de cette distinction, qu'elle n'a été imaginée que pour concilier des lois romaines que les interprètes, de l'aveu même de Dumoulin, avaient déjà conciliées de dix-sept manières différentes. En effet, ce qui paraît avoir surtout provoqué cette distinction, c'est la L. 72, D. XLV, 1, où l'obligation *fundum tradi*, placée à côté de celle qui a pour objet la construction d'une maison, *insulam fabricari*, est réputée indivisible, tandis que, d'après d'autres textes, l'obligation de livrer un fonds, comme en général toute obligation qui a pour objet une chose divisible, est elle-même

divisible (1). Pour faire disparaître cette antinomie apparente, Dumoulin a supposé que, dans l'espèce de la L. 72, les mots *fundum tradi* devaient se rapporter à la livraison faite dans un but déterminé, et de là il est arrivé à dire que l'obligation est indivisible *obligatione*, quoique la chose qui en est l'objet soit divisible, si le rapport sous lequel les parties l'ont considérée ne la rend pas susceptible d'exécution partielle.

Mais pourquoi dans la L. 72 l'obligation *fundum tradi* est-elle indivisible? Parce que, comme le disent les interprètes, il s'agit du *factum nudum traditionis*. Copropriétaire d'un fonds, je vends ma part : je puis la livrer en partie, parce que toute obligation qui a pour objet un corps certain est divisible. Mais, vendeur d'un fonds, je donne mandat à Titius d'en faire la livraison : Titius est obligé à poser un *nudum factum*, son obligation est indivisible et ne saurait s'exécuter par parties; c'est le cas de la L. 72.

267. En résumé, les obligations indivisibles sont donc, sous le Code :

1° Celles qui ont pour objet des servitudes. — Y a-t-il des servitudes divisibles, comme l'admet Dumoulin? C'est une question que le Code laisse indécise.

2° Les obligations d'un *facere*. — Mais il résulte du texte de l'article 1217 qu'il y a aussi des obligations d'un *facere* qui sont réputées divisibles. Comme cependant aucune disposition de la loi ne les indique, le Code, ici encore, ne s'éloigne guères de la théorie du droit romain, car nous avons vu que, si toute obligation d'un *facere* est en principe indivisible, cette règle est cependant soumise à quelques légères modifications que les lois romaines indiquent et qui peuvent s'étendre par l'équité. Il est bon que le législateur laisse à la jurisprudence et à la doctrine le soin de déterminer ces modifications; mais ce qui dépare le système du Code, c'est l'article 1218, tout à fait inutile.

Avant de passer aux obligations indivisibles *solutione*, mais divisibles dans leurs autres effets, il est utile que nous examinions

(1) Voir L. 9, § 1, D. XLVI, 2; — L. 2, § 1, D. XLVI, 1; — L. 2, § 3, D. XIII, 6.

les effets des obligations indivisibles, pour mieux faire sentir les différences qui les distinguent les unes des autres.

268. Entre créanciers l'indivisibilité de l'obligation a généralement, d'après le Code, les effets que nous avons indiqués au chapitre précédent, sauf ce qui sera dit ci-après de la remise. Un seul créancier peut poursuivre l'exécution de l'obligation *in solidum*, parce que cette exécution ne saurait s'obtenir autrement, et que subordonner l'exercice de l'action au concours de tous les créanciers, c'eût été compromettre leur droit. Toutefois dès que l'obligation, à défaut d'exécution, se convertit en dommages et intérêts, l'indivisibilité cesse et chaque créancier obtient sa part à lui, à la différence des créanciers solidaires, dont chacun conserve le droit de poursuivre seul tous les dommages et intérêts (1). Ces principes sont consacrés par l'article 1224 : « Chaque héritier du créancier peut exiger en totalité l'exécution de l'obligation indivisible. » Mais, ajoute le second paragraphe, « il ne peut seul recevoir le prix au lieu de la chose. » Il n'a donc, ainsi que nous l'avons expliqué au numéro 254, qu'un mandat de nécessité à l'effet de poursuivre l'exécution même. Sa poursuite profite à tous les cocréanciers, elle interrompt la prescription pour toute la dette et à l'égard de tous les intéressés, créanciers ou débiteurs, ou héritiers des uns ou des autres (art. 2249), et le jugement qu'il obtient est commun à tous les cocréanciers (2); mais il ne peut recevoir *in solidum* les dommages et intérêts ou le prix de la chose due, ni, par cela même, faire remise de la dette. Le Code civil n'en tire cependant pas des conséquences aussi rigoureuses que le droit romain, qui regardait cette remise comme absolument nulle, parce que, d'une part, l'un des créanciers ne peut disposer des droits des autres, et que, d'autre part, ce qui est indivisible ne peut s'éteindre par parties (3). En droit français la remise qu'un

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 326.

(2) Arg. des articles 709 et 710 du Code civ.

Si la demande du créancier poursuivant était abjugée, le jugement nuirait-il aussi aux autres créanciers? Voyez sur cette question déjà résolue le n° 254 et l'art. 474 du Code de proc. civ., sur la tierce-opposition.

(3) L. 13, § 12, D. XLVI, 4.

des créanciers a consentie ne saurait éteindre la dette; mais, si cependant l'autre créancier poursuit l'exécution, le débiteur se trouvera en quelque sorte subrogé au droit du créancier, et, bien qu'il soit tenu envers le créancier poursuivant d'exécuter l'obligation *in solidum*, il aura cependant le droit d'exiger qu'il lui tienne compte de la moitié de l'estimation de la chose indivisible. C'est ce que l'ancienne jurisprudence admettait déjà (1) et ce que le Code a consacré à l'article 1224 dans ces termes : « Si l'un des héritiers a seul remis la dette ou reçu le prix de la chose, son cohéritier ne peut demander la chose indivisible qu'en tenant compte de la portion du cohéritier qui a fait la remise ou qui a reçu le prix (2). »

269. Passons aux effets de l'obligation indivisible à l'égard des débiteurs.

L'article 1222 porte : « Chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible en est tenu pour le total, encore que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement. »

Chacun des débiteurs est tenu pour le tout, tant de l'exécution que des dommages et intérêts, ainsi que cela avait lieu en droit romain pour les servitudes mais non pour les obligations d'un *facere*. Toutefois, le débiteur qui en est assigné pour le tout, dans tous les cas où l'exécution de l'obligation ne dépend pas exclusivement de lui seul, a droit à un délai suffisant pour mettre ses codébiteurs en cause, et, s'il le fait, la condamnation se divise contre tous les débiteurs. Le débiteur assigné n'est donc en définitive tenu pour le total que dans deux cas, où il conservera même son recours contre ses codébiteurs :

1° Lorsqu'il n'a pas appelé ses codébiteurs;

2° Lorsque l'objet de l'obligation est tel qu'il est exclusivement au pouvoir du débiteur assigné de l'exécuter.

Mais quand cette seconde hypothèse se réalisera-t-elle? Sous l'ancienne jurisprudence, où la servitude ne s'établissait point par l'effet seul de la convention, elle se réalisait dans ce cas, rapporté

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 327.

(2) Pour la remise faite par l'un des créanciers solidaires, voyez article 1198.

par Pothier : le défunt a promis d'imposer une servitude sur un de ses héritages, qui est tombé par le partage à l'un de ses héritiers : il n'y a que cet héritier qui puisse s'acquitter de cette dette, et il sera seul condamné à la prestation du droit de servitude, sauf son recours contre ses cohéritiers s'il n'a pas été chargé par le partage de l'acquittement de cette dette (1). Évidemment tel cas ne peut plus se représenter aujourd'hui, la servitude s'établissant par le seul effet du consentement. Cependant il n'en résulte pas que les mots de l'article 1225, « à moins que la dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné, » soient entièrement inutiles; l'application en est devenue très-rare, à la vérité, mais elle aura encore lieu si l'on suppose que le défunt a promis un droit de servitude sur la propriété de son héritier. Sauf ce cas, si le débiteur met en cause ses codébiteurs, la condamnation se divise.

Il en serait autrement si les débiteurs d'une chose indivisible s'étaient engagés solidairement; le débiteur assigné devrait être condamné pour le tout envers le créancier, les débiteurs solidaires ne jouissant pas, en droit français, du *beneficium divisionis* (article 1203). Rien n'empêcherait cependant le débiteur assigné de mettre ses codébiteurs en cause comme garants de la condamnation que lui seul doit subir; car, si le *beneficium divisionis* n'a pas lieu vis-à-vis des créanciers, cependant, pour les débiteurs entre eux, la dette se divise de plein droit sans qu'il soit nécessaire au débiteur qui paie de demander la cession d'action. Si donc les codébiteurs sont mis en cause, ce n'est point pour que la condamnation soit directement prononcée contre eux (elle ne peut l'être que contre le débiteur assigné), mais c'est pour que dans la même instance il soit statué sur le recours que le débiteur solidaire assigné peut exercer contre ses codébiteurs.

Quant à la remise, si elle est faite à l'un des débiteurs d'une dette indivisible, dira-t-on avec la loi romaine qu'elle est nulle (2)? Le Code ne prévoit pas le cas, mais je pense qu'il faut appliquer ici

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 231.

(2) L. 13, § 1, D. XLVI, 4.

par analogie la disposition de l'art. 1224, où il s'agit de la remise faite par l'un des créanciers. Par conséquent, si la remise n'a pas pour effet de libérer l'autre débiteur, ce débiteur pourra cependant se faire tenir compte de l'estimation de la part pour laquelle il aurait pu recourir contre son codébiteur. Il est vrai qu'il excipera du droit d'un tiers, mais si cette exception n'était pas admise, il en résulterait que la remise demeurerait sans effet pour celui même qui l'aurait obtenue. Cette conséquence est repoussée par l'article 1224, pour le cas où un seul créancier aurait fait la remise, et l'on doit la repousser aussi, pour motifs analogues, dans l'hypothèse qui nous occupe. D'ailleurs il est de l'intérêt du débiteur poursuivi de mettre ses codébiteurs en cause (art. 1223), et alors le codébiteur lui-même excipera de la remise qui lui a été faite.

270. Pour les effets de la divisibilité de l'obligation, nous renvoyons au chapitre précédent où ces effets ont été expliqués. En droit français le principe est le même qu'en droit romain : les obligations divisibles se divisent activement et passivement entre héritiers en raison de leurs parts héréditaires (art. 1220).

271. Mais, d'après l'art. 1221, « ce principe reçoit exception à l'égard des héritiers du débiteur :

- 1° Dans le cas où la dette est hypothécaire;
- 2° Lorsqu'elle est d'un corps certain;
- 3° Lorsqu'il s'agit de la dette alternative de choses au choix du créancier, dont l'une est indivisible;
- 4° Lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation;
- 5° Lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement. »

• Dans les trois premiers cas, ajoute l'art. 1221, l'héritier qui possède la chose due ou le fonds hypothéqué à la dette peut être poursuivi pour le tout sur la chose due ou sur le fonds hypothéqué, sauf le recours contre les cohéritiers. Dans le quatrième cas, l'héritier seul chargé de la dette et, dans le cinquième cas, chaque

héritier peut aussi être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers. »

Dans les cinq cas que nous venons d'énumérer, l'obligation est indivisible *solutione tantum*, mais elle reste divisible *petitione*, c'est-à-dire que chacun des héritiers du créancier ne peut demander que sa part, qu'il en dispose librement et que l'interpellation faite par l'un des créanciers ou à l'un des débiteurs n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres (1), en un mot que l'obligation est divisible dans tous ses effets, hormis dans le paiement.

Cela posé, examinons un à un les cinq cas énumérés à l'article 1221.

272. Le principe de divisibilité reçoit exception : « 1^o dit l'article 1221, dans le cas où la dette est hypothécaire. »

En théorie cette exception n'en est pas une. Ainsi que le fait remarquer Marcadé, l'hypothèque autorise bien le créancier à poursuivre toute la chose hypothéquée, dans les mains du débiteur qui la possède, mais n'en serait-il pas de même si l'immeuble hypothéqué était aux mains d'un tiers, non héritier du débiteur ? La poursuite sera une conséquence de la réalité du droit d'hypothèque, mais ne changera en rien la nature de l'obligation principale, qui restera divisible malgré l'indivisibilité de l'hypothèque. Aussi n'est-ce pas contre celui des héritiers du débiteur qui possède l'immeuble que la poursuite est faite pour le tout, puisque, comme héritier, il ne doit que sa part (art. 873), c'est en réalité contre l'immeuble qu'il détient que le créancier fait valoir ses droits. La dette est si bien divisible que l'art. 2249 dispose que l'interpellation faite à cet héritier ou sa reconnaissance ne pourrait interrompre la prescription à l'égard des autres héritiers, « quand même la créance serait hypothécaire, si l'obligation n'est indivisible. » De ces derniers mots résulte à l'évidence que la dette peut être hypothécaire sans être indivisible.

273. « 2^o Lorsque la dette est d'un corps certain. »

Relativement à la dette d'un corps certain, divisible de sa na-

(1) Art. 2230. — Voir TOULLIER, t. VI, n^o 797.

ture, nous avons déjà vu qu'en droit romain, lorsqu'il s'agissait de la restitution de pareille chose en vertu d'un commodat, d'un dépôt, d'un louage, bien que l'obligation *in commodato* contractée par le défunt se divisât entre les héritiers, il était cependant admis que celui des héritiers qui était trouvé détenteur de la chose prêtée, déposée ou louée, pouvait seul être forcé de la restituer (1) : *Heres ejus qui commodatum accepit, pro ea parte, qua heres est, convenitur; nisi forte habuit facultatem totius rei restituendae, nec faciat. Tunc enim condemnatur in solutum; quasi hoc boni judicis arbitrio conveniat* (2). Cette dérogation au principe de la division entre héritiers se conçoit d'autant mieux que le prêteur ou le déposant avait, outre l'action du contrat, la revendication, et que cette dernière se donnait contre tout possesseur ou détenteur, abstraction faite de sa qualité d'héritier.

Ce que le droit romain avait établi pour la restitution en cas de commodat ou de dépôt, s'applique en droit français à tout héritier possesseur d'un corps certain à lui échu en partage, et dû par le défunt, soit en vertu d'un dépôt, d'un commodat, soit en vertu d'une vente, d'un legs ou d'une donation, puisque le créancier d'un corps certain, par cela seul qu'il est créancier, est propriétaire, indépendamment de toute tradition et par le seul effet de la convention.

En vertu du n° 2 de l'article 1221, l'héritier possesseur de la chose déterminée, due par le défunt, peut donc être poursuivi pour le tout sur cette chose, sauf son recours contre les cohéritiers. Mais il ne peut l'être que parce que le créancier poursuivant est en même temps propriétaire. S'il arrivait qu'un héritier fût possesseur d'une chose due, sans que le créancier en fût propriétaire, sans que la poursuite pût se faire sur la chose due, comme dit l'art. 1221 *in fine*, cet héritier ne serait plus tenu pour le tout. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si le défunt légua une chose appartenant à l'un des héritiers, sans que cependant cet héritier fût nommé grevé du legs. Dans ce cas, le créancier

(1) Voyez plus haut, n° 250.

(2) L. 3, § 3, D. XIII, 6.

de la chose léguée n'en sera pas devenu propriétaire par l'effet du legs, puisque le testateur n'a pu transférer un droit de propriété qu'il n'avait pas lui-même; il ne pourra donc poursuivre l'héritier qu'à raison de sa part héréditaire. C'est ce qui a fait dire à Pothier, au n° 302, que l'héritier, détenteur de la chose due, ne peut être poursuivi pour le tout que lorsque c'est en qualité d'héritier et par le partage de la succession qu'il possède la chose. Donc aussi, avant tout partage, les héritiers ne sauraient être poursuivis, même par le créancier d'un corps certain, qu'à raison de leurs parts héréditaires. C'est l'héritier seul « qui possède la chose » et qui la possède en vertu du partage, qui peut être poursuivi pour le tout, sur la chose due, sauf recours contre ses cohéritiers.

274. « 1° Lorsqu'il s'agit de la dette alternative de choses au choix du créancier, dont l'une est indivisible. »

Cette disposition du Code, qui n'est point prise à Pothier, a paru aux uns inutile, aux autres contradictoire.

Toullier dit que le législateur a voulu empêcher que les héritiers du débiteur ne pussent, sous le prétexte que l'une des choses dues alternativement est divisible, priver le créancier du droit de choisir la chose indivisible. Mais cela va tellement de soi, ajoute cet auteur, qu'il ne valait pas la peine d'en faire l'objet d'une disposition de la loi (1).

Duranton fait des observations semblables, tendant à démontrer ce qu'il y a d'inutile ou de contradictoire dans cette disposition. Car, dit-il, ou bien le créancier choisit la chose indivisible, et alors l'obligation est non seulement indivisible *solutione*, mais elle l'est en tout point, et ses effets sont déterminés par l'art. 1222; ou bien il choisit la chose divisible, et alors, si cette chose est certaine, le cas sera régi par le 2° de l'art. 1221. Donc contradiction dans le premier cas, inutilité dans le second (2).

Enfin Delvincourt et Marcadé soutiennent que cet article est mal rédigé et que les rédacteurs n'ont pas compris Pothier, qui,

(1) TOULLIER, t. VI, n° 765.

(2) DURANTON, t. XI, n° 289, édit. de France.

au n° 312, a eu simplement en vue l'obligation alternative, laquelle est indivisible entre héritiers du débiteur à cause du choix que la mort de celui-ci n'a pu enlever au créancier. Mais cette opinion est inadmissible, puisque, d'après la disposition finale de l'art. 1221, le n° 3 est rangé, non parmi les cas où la dette est absolument indivisible et où le tout peut être demandé à chaque débiteur, mais parmi les cas d'indivisibilité *solutione tantum*, indivisibilité qui ne permet de poursuivre pour le tout que le seul débiteur qui possède la chose. Comme Marcadé le reconnaît, le 3° de l'article 1221 ne serait plus, dans le sens qu'il y attache, une exception au principe du paiement par parties dans les dettes divisibles, il ne s'agirait plus d'une indivisibilité *solutione tantum*, ou entre débiteurs, mais bien d'une indivisibilité absolue. Or, cette interprétation est rejetée par les termes mêmes de l'article 1221. D'autre part, la dette alternative ordinaire qui comprend différents objets divisibles, et dont parlait Pothier au passage que, selon Marcadé, les rédacteurs du Code auraient voulu reproduire, cette dette est évidemment comprise dans la cinquième exception de l'art. 1221, puisque « il résulte de la nature de la chose qui en fait l'objet (l'alternative) que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement, » comme l'exigent les termes mêmes de cet article.

Quelle sera donc, d'après nous, la signification du 3° de l'article 1221 ? Cet alinéa signifie, croyons-nous, que l'obligation est indivisible *solutione* lorsque l'une des choses comprises sous l'alternative est indivisible *solutione*. Nous disons « indivisible *solutione*, » car, remarquons-le bien, ce n'est que de cette indivisibilité qu'il peut être question dans l'article 1221, sans quoi cet article se trouverait en opposition avec les articles 1217 et 1218. Ainsi entendu, le 3° de l'article 1221 ne ferait qu'étendre le 2°, de telle sorte que la dette du corps certain est indivisible entre les héritiers du débiteur, soit qu'il ait été stipulé seul et que la propriété ait été transmise par le contrat même, soit qu'il ait été stipulé au choix du créancier avec une chose divisible, une somme d'argent, et que partant la propriété n'ait pu être transmise que par l'effet du choix exercé par le créancier.

Nous ne saurions donc adopter l'interprétation d'après laquelle il suffirait que l'une des deux choses dues alternativement fût indivisible pour que le paiement de celle que le créancier choisit dût se faire indivisément, l'autre chose fût-elle matériellement divisible, comme une somme d'argent. Cette opinion est repoussée par le paragraphe final de l'article 1221, où il est dit que l'héritier qui possède la chose peut être poursuivi pour le tout, ce qui suppose nécessairement que l'objet choisi par le créancier est un corps certain.

275. L'obligation divisible par sa nature est encore indivisible *solutione*, « 4° lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation. » — Mais ajoutons de suite à ce § le complément qui se trouve à la disposition finale de l'article 1221 : « Dans ce quatrième cas, l'héritier seul chargé de la dette peut être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre les cohéritiers. » De sorte que ce n'est pas *substantialiter* et sans recours, comme dit Dumoulin, mais seulement quant à l'exécution, et par conséquent sauf recours contre ses cohéritiers, que l'un des héritiers peut être tenu de l'obligation. Le Code dit l'exécution, pour indiquer que ce n'est pas de la dette même qu'il peut être chargé. Et en effet, si l'un des héritiers était obligé, *substantialiter* et sans recours, d'acquitter la dette, il y aurait évidemment dans l'acte qui l'y obligerait une libéralité au profit des autres héritiers. Or, une telle libéralité ne saurait être faite que par testament. Je puis donc par testament grever un seul de mes héritiers d'une dette que j'ai contractée, mais je ne saurais, en la contractant, obliger l'un de mes héritiers au-delà de sa part. Si je promets que moi et Titius nous donnons mille, la personne de l'héritier Titius est inutilement ajoutée, dit le jurisconsulte Julien (1), car de deux choses l'une : ou bien Titius seul sera mon héritier, et alors ce sera comme unique héritier et non en vertu de la stipulation qu'il sera obligé de payer; — ou bien il ne sera pas mon unique héritier, et alors, malgré la stipulation, il ne sera tenu qu'à concurrence de sa part héréditaire, car l'héritier ne peut être grevé que pour autant qu'il

(1) L. 56, § 1, D. XLV, 1.

représente le défunt : *alteri promittere non possumus*; il est considéré comme un étranger relativement aux portions des autres héritiers. De là, en droit romain, la conséquence que la stipulation qui grèverait l'un des héritiers outre sa part serait de nul effet (1).

Ces principes ne reçoivent pas, en droit français, une application aussi rigoureuse. Dumoulin a soutenu que la nullité prononcée par la L. 56, D. XLV, 1, ne frappait que la stipulation qui avait rapport *ad substantiam debiti*, et non à celle qui aurait réglé le mode d'exécution de l'obligation, mode d'exécution qui, selon lui, peut être réglé par les parties contractantes de telle sorte qu'un seul des héritiers soit chargé de cette exécution, sauf son recours. C'est cette doctrine de Dumoulin qui a passé dans le Code, comme l'indiquent le 4^e et la disposition finale de l'art. 1221.

276. — 5^e exception. « Lorsqu'il résulte soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement. »

« Dans ce cas, ajoute le paragraphe final, chaque héritier peut être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers. »

Remarquons d'abord que le n^o 5 se lie au n^o 4, comme renfermant une dérogation implicite ou tacite à la division de la dette entre les héritiers du débiteur, tandis que le n^o 4 statue sur le cas où la dérogation a été formelle et explicite. Cette dérogation tacite doit être admise dans trois cas différents. Quels sont ces cas? Écoutons d'abord Pothier, d'où la disposition du n^o 5 est textuellement extraite :

« Le troisième cas, dit Pothier (2), auquel la dette, quoique divisible et divisée entre les héritiers du débiteur, ne doit point s'acquitter par parties, est lorsque, sans qu'il y ait de convention, il résulte de la nature de l'engagement, ou de la chose qui en fait l'objet, ou de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'es-

(1) Compar. VOET, *ad Pandectas*, D. Liv. XII, t. I, n^o 17; — DONELLUS, *Commentarii juris civilis*, ad legem 56, § 1, D. XLV, 1.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n^o 315.

prit des contractants a effectivement été que la dette ne pût s'acquitter par parties. » Cela se présume facilement, ajoute Pothier, lorsque la chose qui est l'objet de la convention est susceptible de parties intellectuelles, mais ne peut se diviser en parties réelles (1); cela se présume même à l'égard des choses qui peuvent se partager en parties réelles, lorsqu'elles ne peuvent l'être sans qu'il en résulte un préjudice pour le créancier. — Notez que par préjudice Pothier entend ici le préjudice qui serait causé *injuria*, c'est-à-dire contrairement à la convention au moins implicite des parties.

« Par exemple, dit Pothier, si j'ai acheté ou pris à ferme un certain héritage, quoique cet héritage soit susceptible de parties, néanmoins un des héritiers de celui qui me l'a vendu ou donné à ferme ne serait pas reçu à m'offrir sa part indivise ou divise de cet héritage, si ces cohéritiers n'étaient prêts aussi à me délivrer les leurs, parce que mon intention était d'acheter ou de prendre à ferme tout l'héritage et non pas des parties divisées ou indivises. »

Remarquons ici que la disposition du n° 5, dont Pothier fait l'application et à la vente et au louage d'un héritage, ne s'applique plus qu'au louage, car, dans les principes du Code, le créancier d'un héritage en est devenu propriétaire par le contrat; donc il le revendiquera en quelques mains qu'il le trouve, et sur ce point l'art. 1221, 5°, est inutile. Mais il reste applicable au louage, car l'héritage loué ne pourrait être cédé au fermier que tout entier, et le fermier pourrait poursuivre chacun des héritiers du bailleur pour le tout, comme le porte la disposition finale de l'article 1221. La nature du contrat, c'est-à-dire l'intention présumée des parties, s'oppose ici à ce que le paiement puisse se faire partiellement par les héritiers du débiteur.

La fin que les parties se sont proposée peut aussi empêcher le paiement partiel, même de dettes d'une somme d'argent : par exemple, dit Pothier, si par une transaction vous vous êtes obligé à me payer une somme de 1000 écus, avec déclaration que c'est pour me tirer de prison, où j'étais détenu pour pareille somme, un

(1) Il cite à l'appui DEMOULIN, part. 3, n° 223.

de vos héritiers ne sera pas reçu à m'offrir séparément le quart de la dite somme qui ne peut me procurer ma liberté; donc, en pareil cas, chaque héritier pourra être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers.

L'article 1221 dit aussi que la chose qui fait l'objet de l'engagement peut s'opposer à ce que l'obligation soit susceptible de paiement partiel. Que faut-il entendre par là? Quand l'objet de l'obligation s'oppose-t-il à ce que le paiement puisse se faire par parties? C'est une question qu'il faut résoudre par induction.

S'agit-il d'une chose absolument indivisible, comme d'une servitude ou d'un *facere*, le cas est régi par les art. 1217, 1222 et suivants; s'agit-il d'un corps déterminé, c'est le § 2 de l'art. 1221 qu'il faut appliquer; s'agit-il d'une obligation alternative au choix du créancier, dont l'une des choses est indivisible *solutione*, c'est le n° 3 de l'art. 1221.

Restent l'obligation alternative où le débiteur a le choix, et l'obligation générique, dont il n'a pas encore été question jusqu'ici. C'est à ces deux espèces d'obligations, que dans la théorie du droit romain nous avons appelées indivisibles *forma contractus*, que Toullier (1) applique avec raison la disposition du n° 3 de l'article 1221, pour autant que ce numéro déclare que l'obligation est indivisible *solutione*, à raison de la chose qui est l'objet de l'engagement. En effet, lorsque l'obligation est alternative au choix du débiteur, le créancier serait lésé s'il était permis aux débiteurs de faire des paiements divisés, car le créancier serait dans le cas de recevoir, au lieu de l'une ou de l'autre chose, des parties de l'une et de l'autre. C'est pourquoi chaque débiteur est tenu de livrer la chose entière, sauf à lui de s'entendre avec ses codébiteurs pour le choix à faire en commun, et sauf son recours contre eux pour les parts qu'il a payées à leur décharge.

Il en est absolument de même lorsque l'obligation est générique.

Toutefois il est à remarquer que l'obligation générique peut quelquefois être divisible, même *solutione*, ce qui aurait lieu s'il y avait autant de choses dues *in genere* qu'il y a de débiteurs. Dans ce cas,

(1) TOULLIER, VI, n° 773 (p. 672, édit. Stapleaux).

chaque débiteur à part pourrait choisir et payer une *species*, à moins cependant que les choses dues *in genere* ne formassent un ensemble, un tout, une *universitas*; car si, par exemple, l'objet de l'obligation était un attelage de quatre chevaux, les héritiers du débiteur fussent-ils au nombre de quatre, la nature de l'obligation, c'est-à-dire l'intention des parties, rendrait une telle obligation indivisible *solutione* (1).

D'après l'art. 1221 3°, c'est donc l'objet de l'obligation, c'est-à-dire l'alternative, le genre; c'est la nature de l'engagement et le but que se sont proposé les parties en contractant, c'est-à-dire l'intention implicite ou tacite des parties, qui rendent l'obligation indivisible *solutione*. Dans ce dernier cas, on se trouve toujours devant une question d'interprétation, et de quelque manière que le juge la décide, son jugement reste à l'abri de la cassation. C'est l'équité qui doit être sa règle, dit Toullier (n° 779); il ne doit écouter ni la dureté excessive du créancier, ni les prétextes frivoles du débiteur; on doit appliquer ici ce que dit Ulpien à une autre occasion : *igitur haec a iudice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiat* (L. 23, D. XIII, 1).

277. Résumant le système du Code sur les obligations divisibles et indivisibles, nous disons :

1° Le Code (art. 1217) distingue des obligations qui sont indivisibles *contractu*, c'est-à-dire par la nature de leur objet, et qui sont : a) les obligations ayant pour objet la constitution d'une servitude sur le fonds d'autrui; b) les obligations d'un *facere*. Les articles 1222 et suivants en déterminent les effets.

2° Il distingue (art. 1218) des obligations indivisibles *obligatione*, c'est-à-dire à cause du rapport sous lequel la chose, quoique divisible en soi, a été considérée dans l'obligation. Nous avons vu, en recourant à Pothier, que, dans le système du Code, l'article 1218 ne s'applique qu'à l'obligation de faire ou de construire une œuvre déterminée; que dans ses effets cette indivisibilité ne diffère pas de la première; que ce n'est donc là qu'une distinction nominale, inutile, et qu'en bonne théorie le cas de l'article 1218

(1) TOULLIER, t. VI, n° 776.

rentre sous celui de l'article 1217; qu'en un mot l'indivisibilité *contractu* et l'indivisibilité *obligatione* ont la même cause : à savoir la nature de la chose qui est l'objet de l'obligation.

1° Le Code distingue des obligations en tous points divisibles et se divisant de plein droit entre les héritiers du créancier et du débiteur (art. 1220) : ce sont celles qui ont pour objet des choses fongibles, *quae numero, mensura, pondere constant*, qui se déterminent par le nombre ou le comptage, par la pesée, par la mesure : par exemple une somme d'argent, une quantité d'huile, de grain, etc.

2° Il distingue enfin des obligations divisibles par leur nature, et ayant tous les effets des obligations divisibles, sauf l'indivisibilité de paiement, lesquelles se divisent de plein droit entre les créanciers, et se prescrivent pour parties par les divers héritiers, à tel point que l'interpellation ou la reconnaissance de l'un des héritiers n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres. Dans ces obligations, si l'héritier du débiteur à qui le créancier se serait adressé en temps utile était devenu insolvable, le créancier ne pourrait plus s'adresser aux autres si le temps était écoulé. Les cas où l'obligation est indivisible *solutione*, c'est-à-dire où les héritiers du débiteur peuvent être poursuivis pour le tout, sont ceux de l'article 1221.

CHAPITRE XIX.

DES RISQUES ET PÉRILS.

Sommaire.

- 278. De la règle *res perit domino*, prise par quelques auteurs pour point de départ de toute la théorie sur les risques et périls dans les contrats.
- 279. De cette seconde règle présentée par quelques auteurs, d'après laquelle la perte fortuite de la *species* due par l'un des contractants, aurait pour effet de résoudre le contrat, et de libérer l'autre contractant.
- 280. Du principe sur lequel doivent se fonder les règles et décisions concernant les risques et périls en matière d'obligation.
- 281. Application de ce principe : aux obligations unilatérales, en général;
- 282. Aux obligations synallagmatiques dérivant d'un contrat nommé : — spécialement, au contrat de vente;
- 283. Au louage de choses;
- 284. Au louage d'ouvrage;
- 285. A la *conductio operis*;
- 286. Au contrat emphytéotique;
- 287. A la société.
- 288. Application du même principe aux contrats innommés : a) qui ont de l'analogie avec la vente;
- 289. b) A ceux qui ont de l'analogie avec le mandat;
- 290. c) Au contrat dit *æstimatorius*;
- 291. Cas exceptionnels où l'on est tenu de réparer les dommages fortuits. — Il ne faut pas confondre le *periculum custodiæ* avec le cas purement fortuit ou la force majeure.
- 292. Peut-on distinguer des *casus soliti* et des *casus insoliti*?
- 293. De la preuve en matière de risques et périls.
- 294. Système du Code civil. — La règle : *res perit domino*, y est d'une application plus générale qu'en droit romain. — Sauf quelques modifications concernant la vente conditionnelle et le louage d'ouvrages, le Code a suivi le droit romain.
- 295. Explication de l'art. 1867 du Code civil.

278. La question des risques et périls dans les obligations, est l'objet d'une grande divergence d'opinions, parce qu'on a le plus souvent pris pour points de départ des règles qui sont étrangères à la législation romaine, et qui ont fait naître, par l'impossibilité de les appliquer à tous les textes, des difficultés nombreuses que les commentateurs ont diversément résolues.

La première de ces règles est : *res perit domino*, ou *casum sentit dominus*. Il importe que nous en montrions tout d'abord le peu de fondement, pour remonter ensuite aux principes sur lesquels repose toute la théorie du droit romain en matière de risques et périls.

Il est tout-à-fait inutile de dire qu'en-dehors des obligations c'est le propriétaire, celui qui a un *jus in re*, qui porte le risque et péril de la chose; il va de soi que celui-là seul qui a une chose ou un droit, est exposé à le perdre; et dans les contrats mêmes, quand on dit *res perit domino*, on ne précise rien, et l'on ne résout pas la question de savoir laquelle des deux parties contractantes porte les risques et périls. Dans les contrats le péril ne consiste pas à perdre la chose, il consiste à perdre le droit résultant de ces contrats. Ainsi le vendeur, si la *species* vendue périt fortuitement et avant la livraison, perd sans contredit sa propriété, puisqu'il est demeuré propriétaire, mais il ne porte pas le risque et péril, car il conserve son droit résultant de la vente, il peut exiger le prix de l'acheteur. Celui qui a reçu un *indebitum* devient propriétaire de la chose; si elle périt fortuitement, il perd sa propriété, mais il ne porte pas le risque et péril, car celui qui avait payé l'*indebitum* perd la *condictio*, perd son droit de répétition. Enfin celui qui doit une chose *ex stipulatu* ou *ex testamento*, perd sa propriété si la chose périt, mais ce sera le stipulant, ce sera le légataire qui portera le risque, parce que la perte de la chose éteint le droit résultant du legs ou de la stipulation. Aussi plusieurs jurisconsultes qui dans le dépôt, dans le commodat, dans le gage, dans le louage, dans les contrats enfin dont l'objet est la restitution d'une chose, ont coutume d'invoquer la règle *res perit domino*, n'ont pas manqué de faire remarquer qu'elle n'est pas d'une application générale, et qu'elle souffre exception toutes les fois qu'on oppose le propriétaire à celui qui doit acquérir la chose, c'est-à-dire

toutes les fois qu'il s'agit de livrer une chose, non pour la restituer au propriétaire, mais pour la faire acquérir à celui qui n'en était pas propriétaire lui-même; dans ces derniers cas ils appliquent la règle *res perit creditori*.

Donc, dire qu'en-dehors du lien de l'obligation la chose périt pour celui qui a un droit de propriété ou un *jus in re*, c'est rester en-dehors de la question. Appliquer en matière de contrats la règle *res perit domino*, c'est s'exposer à des erreurs. Du reste, la règle *res perit domino*, n'a jamais été énoncée par les jurisconsultes romains; mais elle a son origine dans la lutte du droit romain avec le droit germanique. En vertu du droit germanique celui qui avait pris une chose sous sa garde, devait en répondre même lorsqu'elle avait péri fortuitement; telle était la responsabilité du commodataire, du créancier gagiste, du dépositaire. Or ce fut pour repousser cette responsabilité du droit coutumier, que les interprètes introduisirent la règle *res perit domino*. C'est pourquoi les auteurs font remarquer que la règle n'a d'application qu'aux contrats qui ont pour objet la restitution, et non à ceux qui ont pour objet l'acquisition d'une chose (1).

279. Beaucoup d'auteurs présentent également comme fondamentale en cette matière une deuxième règle, d'après laquelle la perte fortuite de la *species* due par l'un des contractants, aurait pour effet de résoudre le contrat, d'où il suivrait que l'autre contractant ne devrait rien, qu'en cas d'inexécution il pourrait même répéter ce qu'il a donné. Cette règle considérée au point de vue de la théorie générale du droit est extrêmement controversée; les auteurs qui l'ont discuté sont loin d'être d'accord, et la source de ce dissentiment profond est également dans la différence qui sépare sur ce point le droit germanique du droit romain. C'est pourquoi la divergence d'opinions qui a partagé les premiers interprètes du droit romain, s'est manifestée jusque dans les législations modernes.

La question a surtout été soulevée au sujet de la vente. Est-il

(1) Comp. le mémoire couronné : *Des risques et périls des choses qui sont l'objet des obligations*, par J.-B. LAUWERS, élève de l'université de Gand (Annales des Universités de Belgique, T. I, 1843).

juste que l'acheteur paye le prix, tandis que le vendeur ne peut livrer la *species* dont il était débiteur, cette *species* ayant péri par l'effet du hasard? Parmi les juriseonsultes philosophes, Puffendorf et Barbeyrac ont soutenu la négative; selon eux l'acheteur est par la perte de la chose achetée, libéré du prix, et le contrat, résolu. Pothier au contraire (1) défend l'équité du droit romain qui maintient l'efficacité du contrat, déclare l'acheteur obligé, et considère, par rapport au vendeur, la perte fortuite de la *species* comme équivalente à sa livraison : *Mortuo enim homine*, dit la L. 5, § 2, D. XVIII, 5, *perinde habenda est venditio, ac si traditus fuisset : utpote cum venditor liberetur, et emptori homo pereat*. Si les adversaires du droit romain disent que l'acheteur ne s'est obligé à payer le prix qu'à condition que le vendeur lui livrât la chose, Pothier leur répond fort bien que l'acheteur s'y est obligé, non pas à condition que l'acheteur lui livrât la chose, mais à condition que le vendeur s'obligeât à la lui livrer; d'où il suit, comme le dit le texte que nous venons de rapporter, qu'il suffit que le vendeur n'ait pas contrevenu à cette obligation de livrer, pour que l'obligation de l'acheteur ait une cause, et subsiste alors que la livraison est devenue impossible au vendeur, sans qu'il y ait eu faute de sa part : *quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est*, dit le § 3, Inst. III, 25 (24). L'obligation de l'acheteur n'est donc pas subordonnée à la livraison de la chose, mais à l'obligation de livrer, et il suffit que cette obligation ait été contractée de bonne foi par le vendeur, et qu'il n'y ait pas contrevenu, pour que le contrat soit parfait et doive s'exécuter dans les limites du possible; il faudrait une clause expresse pour que l'obligation de l'acheteur fût rendue dépendante du fait de la livraison; il faudrait qu'il fût dit au contrat : si pour quelque cause que ce soit, le vendeur ne livre pas, l'acheteur sera libéré, le contrat sera résolu.

Quoi qu'il en soit de cette question en théorie, il suit toujours de ce qui précède que les dispositions du droit romain qui régis-

(1) POTHIER, *Vente*, n° 307. — V. Conf. WACHTER, *Arch. f. civ. pr.*, XV, p. 197.

sent le contrat de vente, ne sauraient être considérées comme exceptionnelles. Lors donc que quelques auteurs posent comme point de départ dans la théorie des risques et périls, cette règle : qu'au cas où l'un des contractants, qui devait une *species*, est libéré par la perte fortuite de cette *species*, l'équité exige que l'autre soit libéré, et que le contrat soit résolu, ils énoncent une règle qui est contraire au droit romain, et qui appartient au droit germanique. Quant ils ajoutent, comme le fait Mühlenbruch (§ 562), que le droit romain n'a reconnu ce principe que dans le contrat de louage, dans les contrats qui ont pour objet l'usage de la *species*, et que les autres contrats suivent des règles différentes, ils commettent une seconde inexactitude; car nous verrons que le principe est le même pour tous les contrats, et que si la question des risques et périls ne se décide pas de la même manière, cela provient de la nature diverse des différents contrats, et non pas d'une diversité dans les principes mêmes.

280. Quand il s'agit de l'appréciation juridique d'un acte, le droit romain s'attache, avec une conséquence que l'on ne voit pas se démentir, à la volonté de l'agent, et cette considération est dominante dans l'application des peines, comme dans la réparation du dommage. C'est pourquoi en droit pénal la tentative est punie comme le crime même, et que dans quelques cas spéciaux des actes préparatoires qui ne constituent pas même un commencement d'exécution, comme le fait de se procurer du poison, sont placés dans la même catégorie que le crime exécuté (1).

En matière civile, cette prédominance de l'élément interne et volontaire sur l'effet produit extérieurement, a conduit, en-dehors du lien d'obligation, à soumettre l'auteur d'un dommage à la réparation pourvu que la perte fût imputable, et, dans le lien contractuel, à forcer les parties contractantes d'exécuter leur engagement dans toute la limite du possible. L'impossible, non amené par la faute de l'obligé, dispense de l'obligation, ou plutôt fait considérer l'exécution comme ayant eu lieu; le hasard ne résout pas le contrat, ses effets demeurent; il faudrait que les

(1) L. 1, D. XLVIII, 9; — L. 1, D. XLVIII, 8; — L. 5, C. IX, 8.

deux parties fussent mises dans l'impossibilité d'exécuter leur obligation pour que le contrat pût être considéré comme résolu.

Tels sont les principes généraux du droit romain en matière de risques et périls. Ils se trouvent formulés aux L. 23 et 185, D. L, 17 (1), et s'appliquent à la vente et aux contrats qui ont pour objet le transport de la propriété comme à ceux qui ont pour objet l'usage d'une chose, aux contrats nommés comme aux contrats innommés, aux obligations unilatérales comme aux obligations synallagmatiques. — Nous en montrerons d'abord l'application aux obligations unilatérales.

281. Toutes les fois qu'il s'agit de donner ou de restituer une *species*, l'application du principe : qu'à l'impossible nul n'est tenu, conduit à la règle : *interitu speciei debitor liberatur*, ou *species debita periculo est creditoris*. Ainsi celui qui doit la *species*, *ex stipulatu*, celui qui l'a reçue indûment, le dépositaire, le commodatataire, le précariste, le créancier gagiste, le mandataire, le tuteur, sont libérés par la perte fortuite.

S'agit-il d'un genre ou d'une *quantitas*, quel que soit l'événement, le débiteur demeure obligé jusqu'au paiement, car le genre ne périt point.

S'agit-il d'une alternative, c'est encore le principe *impossibilia nulla obligatio*, qu'il faudra appliquer; la L. 34, § 6, D. XVIII, 1, porte : *prioris periculum ad debitorem, posterioris ad creditorem pertinet*. En effet, tant que l'une des choses dues subsiste, il y a possibilité d'exécuter l'obligation; la première périt donc pour le débiteur, car cette perte ne le libère point; mais la dernière périt pour le créancier, puisqu'elle libère le débiteur, qui ne peut pas donner ce qui n'existe plus.

282. Nous avons vu que dans la vente d'une *species*, c'est l'acheteur qui porte le risque, parce que le contrat une fois parfait doit recevoir son exécution dans la limite du possible. Le vendeur seul, débiteur d'une *species*, est mis par la perte de

(1) L. 23 : *Animalium casus, mortes, quaeque sine culpa accidunt, fugae sercorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.*

L. 185 : *Impossibilia nulla obligatio est.*

celle-ci, dans l'impossibilité d'exécuter son engagement; l'acheteur, débiteur d'une *quantitas*, ne pouvant invoquer la règle, *impossibitium*..., demeure obligé à payer le prix; donc c'est lui qui supporte la perte (1).

La L. 33, D. XIX, 2, paraît cependant faire difficulté. Si le fisc s'empare d'un bien fonds, vendu mais non livré, le vendeur sera obligé de restituer le prix, dit cette loi, d'où quelques auteurs ont voulu conclure qu'au cas de perte de la chose vendue, l'acheteur ne sera pas obligé de payer le prix, puisque dans l'espèce de la L. 33, il peut le répéter. Cujas avait d'abord adopté cette opinion; il la rejeta plus tard en ajoutant toutefois qu'elle lui paraissait la plus équitable (2). Mais il est à remarquer que dans la L. 33, il n'est pas question d'une perte de la chose, mais d'une confiscation. Le fisc a pu revendiquer le fonds, soit à cause de quelque délit commis par le vendeur, soit parce que le bien fonds faisait partie de l'*ager publicus*, et que le vendeur n'en avait que la possession. Or dans l'un et l'autre cas, la revendication a une cause antérieure à la vente; le vendeur en est garant envers l'acheteur et devra restituer le prix, non pas parce qu'il porte le risque, mais parce qu'il est responsable de l'éviction.

Dans la vente conditionnelle, la perte fortuite de la chose est supportée par le vendeur, les détériorations fortuites le sont par l'acheteur. En voici le motif. La vente est en suspens, et ne devient parfaite que par l'arrivée de la condition; il y a seulement *vinculum juris*, en ce sens que les parties doivent attendre l'événement. Si donc la chose périt fortuitement avant l'arrivée de la condition, c'est comme si au cas d'une vente pure et simple la chose avait cessé d'exister au moment du contrat : il n'y a pas vente, et le vendeur a perdu la chose sans avoir acquis de droit *ex contractu*. Que si la chose s'est détériorée, la condition en se réalisant confirme la vente, et l'acheteur supporte la perte.

Il en est des choses vendues *ad numerum*, *ad pondus*, *ad mensuram*, comme de celles qui sont vendues sous une condition

(1) L. 5, § 2, D. XVIII, 3; — § 3, Inst. III, 23 (21).

(2) Cujas, *Recitationes in Codicem*, Lib. IV, tit. XVIII.

suspensive. Avant la pesée, avant le mesurage, il y a bien *vinculum juris*, et les parties peuvent exiger qu'il soit procédé au mesurage, mais le contrat de vente dans son espèce est imparfait, parce que, ou le prix, ou la chose reste indéterminée. — Pour plus de précision nous avons à distinguer trois hypothèses :

1° On vend plusieurs choses en bloc pour un seul prix, *in aver-sione*, comme dit la L. 62, § 2, D. XVIII, 1; par exemple tout le grain qui est dans un grenier: il n'y a pas vente *ad pondus, ad mensuram*, il y a vente d'une *species*, et la vente est parfaite par cela seul que le prix a été convenu pour le tout, indépendamment du mesurage; la chose est donc au risque de l'acheteur. La L. 35, § 5, D. XVIII, 1, porte : *Si omne vinum vel oleum, vel frumentum, vel argentum quantumcunque esset, uno pretio venierit, idem juris est quod in caeteris rebus.*

L'art. 1586 du Code civil est conforme à la L. 35; il est ainsi conçu : « Si les marchandises ont été vendues en bloc, la vente est parfaite, quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées. » Par vente en bloc il faut entendre ici celle dans laquelle le prix est convenu pour le tout, et où, d'après l'intention des parties, le poids, le nombre ou la mesure ne doit exercer aucune influence sur le prix, quoiqu'il en soit question dans les termes du contrat (1).

2° Si je vends toute une quantité à tant la mesure, par exemple, tout le grain qui est dans mon grenier à raison de 40 fr. l'hectolitre, c'est le prix qui demeure indéterminé avant le mesurage ou la pesée; la vente est donc imparfaite, et si la chose périt avant la pesée, il sera impossible de déterminer le prix; donc elle périt pour le compte du vendeur, qui aura perdu la chose sans avoir acquis d'action contre l'acheteur (V. art. 1585).

3° Si je vends au prix de 1000 francs 100 mesures de blé, à prendre parmi une quantité plus grande que j'ai dans mon grenier, ce sera la chose vendue qui demeurera indéterminée avant la

(1) Conformes : DEVERGIER, I, n° 91; — TROPLONG, *Vente*, n° 90. — ZACHARIÆ, § 391, regarde l'art. 1586 comme s'appliquant à l'hypothèse que nous indiquons en second lieu; il se fonde sur les discussions au conseil d'État, qui cependant jettent peu de lumières sur la question.

pesée, et par conséquent si la quantité périt auparavant, la vente ne saurait se parfaire, et ce sera le vendeur qui supportera la perte (L. 35, § 7, D. XVIII, 1).

Ces deux dernières hypothèses sont comparées par la L. 3, § 5, D. XVIII, 1, à la vente conditionnelle; en effet, la vente est censée faite sous la condition que la pesée ou le mesurage aura lieu : *venditio quasi sub hac conditione videtur fieri*, dit cette loi.

Quant à la vente *ad gustum*, si la chose vendue est un corps certain, par exemple une pièce de vin déterminée, le risque et péril de la chose même passe à l'acheteur, à partir du contrat, mais le risque de l'acidité ou de la corruption demeure à la charge du vendeur jusqu'au jour de la dégustation, s'il s'agit d'une chose qu'on est convenu ou qu'on a l'habitude de déguster (1).

Le Code civil n'a pas suivi ici le droit romain. Sans distinguer si les choses qu'on a l'habitude de déguster ont été vendues en bloc, au poids, ou à la mesure, l'art. 1587 met à la charge du vendeur tout le risque et péril jusqu'au jour de la dégustation.

285. Dans la *locatio rerum*, lorsque la chose périt fortuitement, le locataire qui la détenait n'est pas obligé de la restituer, car il est débiteur d'une *species*. Mais le bailleur a-t-il encore le droit de poursuivre le loyer pendant le temps que devait durer le bail, de même que le vendeur peut réclamer le prix après la perte de la chose? Ici le principe suivi en matière de vente paraît être abandonné; les lois romaines décident que par la perte de la chose le bail est dissous, que le locataire ne doit plus rien, et que s'il a payé par avance il pourra répéter tout ce qui n'était pas échu au moment de la perte. Plusieurs auteurs ont vu dans la résolution du contrat de louage une règle générale auprès de laquelle les dispositions concernant la vente auraient formé l'exception. Mais ils se sont laissé séduire par une fausse analogie, et ils n'ont pas vu qu'il y a dans la nature de ces deux contrats une très-grande différence, qui repousse l'application uniforme des mêmes principes.

L'objet du louage n'est pas de faire avoir au locataire une chose déterminée, déjà existante; le locataire n'acquiert pas même la

(1) L. 4, § 1, D. XVIII, 6 : *Quoad degustaverit, periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit.*

possession de la chose; cet objet n'est pas non plus de lui faire obtenir un droit d'usage ou de jouissance, considéré comme élément détaché de la propriété; le droit du locataire consiste dans une obligation contractée par le bailleur, que les jurisconsultes ont formulée en ces termes : *praestare conductori uti frui licere*. Or cette obligation est continue, elle s'accomplit et se renouvelle à chaque instant, et le loyer qui en est le prix, n'est pas dû dès le moment du contrat, il ne l'est qu'à mesure que s'accomplit l'obligation contractée par le bailleur, de même que le prix d'une chose future n'est due que lors et à condition que cette chose existe (1). C'est donc à tort qu'on a comparé le louage à la vente d'une *species* et qu'on l'a considéré comme ayant pour objet une *species*, quant à l'usage. L'objet du louage n'est pas une *species* mais une chose future. C'est pourquoi il faut que le contrat se résolve lorsque la condition implicite de son existence fait défaut, lorsque la jouissance devient impossible, de même que la vente d'une chose future se résout lorsque cette chose n'existe pas.

Le louage ne suit donc pas d'autres règles que la vente; seulement il faut chercher l'analogie là où elle existe réellement, c'est-à-dire dans la vente d'une chose future, et non dans la vente d'une chose qui existe déjà au moment du contrat.

284. La même observation s'applique à la *locatio operarum*, car celui qui met son travail à prix, promet une chose future; lors donc qu'il ne peut prêter le travail, sans qu'il y ait de sa faute, le contrat manque d'objet et se résout. Mais s'il y avait faute de sa part, il serait condamné aux dommages et intérêts. Si c'est le maître, le *conductor operarum* qui ne veut recevoir les travaux, la *merces* est due, parce que le maître a empêché la chose future d'exister; c'est lui qui a fait défaillir la condition sous laquelle la *merces* était due, et la condition est censée accomplie comme toute condition qui est empêchée par celui que son accomplissement devait obliger. Toutefois la L. 19, § 9, D. XIX, 2, contient ce tempérament introduit par l'équité, que l'ouvrier devra souffrir qu'on déduise de son salaire ce qu'il a pu gagner ailleurs.

(1) L. 19, § 6; L. 33, L. 34, D. XIX, 2.

285. Il en est absolument de même de la *conductio operis*. Si le *conductor* ne peut exécuter l'entreprise, si par exemple le transport n'a pu avoir lieu parce que le vaisseau a péri, le contrat est résolu, comme le décide la L. 13, § 6, D. XIX, 2. Mais si le *conductor* était prêt à effectuer l'entreprise, *si per eum non stetit*, et que l'événement qui a empêché l'exécution provint du *locator operis*, de celui pour le compte duquel se faisait l'entreprise ou le transport, comme au cas de la L. 61, D. XIX, 2, la *merces* serait due au *conductor*, sauf toujours le tempéramment de la L. 19, § 9, qui veut qu'il soit tenu compte de ce que le *conductor operis* aurait gagné ailleurs.

Pour ce qui concerne les risques et périls dans la *conductio operis* lorsque l'entreprise échoue, comme par exemple lorsque des constructions tombent en ruine, on suit toujours le principe de l'imputabilité. L'ouvrier, l'entrepreneur, répond de toute faute. Or il n'est pas en faute : — lorsque le maître a approuvé l'ouvrage, et, s'il s'agit d'ouvrage fait à la toise, lorsque le mesurage a eu lieu; — lorsqu'il a constitué le maître en demeure d'examiner l'œuvre ou de procéder au mesurage; — lorsqu'il prouve le cas fortuit (1).

Comme l'entrepreneur est tenu de toute faute, la preuve du cas fortuit lui incombe, à moins que l'œuvre n'ait déjà été approuvée, ou que celui pour le compte duquel elle a été faite, n'ait été constitué en demeure de l'examiner. Dans ce sens la L. 36, D. XIX, 2, dit : *Opus quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculum est*, non pas pour signifier que l'entrepreneur porte le péril du cas fortuit, car cette loi ajoute immédiatement : *si tamen vi majore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est*, mais pour signifier que l'entrepreneur répond de toute faute avant l'approbation du maître ou sa mise en demeure. L'entrepreneur ne répond donc que des vices de l'œuvre et non du cas fortuit, ni des vices du sol. Celui qui a commandé l'œuvre ne peut imputer à l'entrepreneur un événement qu'il eût dû subir s'il avait fait les constructions lui-même. C'est ainsi que la L. 36 formule les obligations de l'entrepreneur, et en conséquence de ces

(1) L. 36, 37 et 62, D. XIX, 2.

principes, la L. 59, D. XIX, 2, décide que si des constructions ont été renversées, pendant qu'on y travaillait, par un tremblement de terre, l'entrepreneur qui n'encourt aucun reproche, aura droit à la *merces*, à proportion de l'exécution de l'œuvre; car dans tout contrat de louage la *merces* est due à mesure que celui à qui elle est promise a exécuté l'obligation, mais aussi n'est due qu'à cette condition.

286. Dans le contrat emphytéotique lorsque la chose périt fortuitement, par exemple des constructions (1), le contrat emphytéotique est résolu, et le canon n'est plus dû, car il est payé en reconnaissance de la propriété, et il y a défaut de cause dès que la propriété cesse d'exister.

Mais si l'emphytéote, même par suite d'événements majeurs et imprévus, fait des pertes considérables dans les récoltes, ou que la chose soit détériorée fortuitement, il n'a droit de ce chef à aucune remise, car le canon est plutôt payé en reconnaissance du domaine que comme prix de la jouissance. C'est pourquoi il est dit au § 3, Inst. III, 25, que la perte de la chose frappe le maître, et que les détériorations sont supportées par le colon.

287. La question des risques et périls dans le contrat de société, se résoudra généralement d'après les principes applicables en matière de vente, toutes les fois que c'est la propriété même qui doit être mise en commun. Ainsi lorsque l'associé doit apporter une *species*, et qu'elle périt fortuitement avant l'apport, il sera libéré, n'étant pas tenu de l'impossible, et il conservera ses droits nés du contrat.

Il en serait autrement si les choses avaient dû être mises en commun pour un usage ou pour une fin déterminée. Voici à cet égard la distinction établie par la L. 58, D. XVII, 2 : vous avez trois chevaux semblables, moi j'en ai un quatrième, et nous nous proposons de les réunir, mais avant que la mise ait été effectuée, mon cheval périt fortuitement : si la mise en commun devait s'effectuer afin que nous eussions en commun un quadrigé, appartenant à vous pour trois quarts et à moi pour un quart, nous demeurerons

(1) V. NOVELLE 120, § 1 et 2.

associés après la perte, et j'aurai droit au quart dans la propriété indivise des trois chevaux qui restent; mais s'il s'agissait de mettre en commun une chose pour un usage ou pour une fin déterminée, si par exemple, dans le cas cité, les chevaux devaient être mis en commun pour que le quadriga fût vendu plus avantageusement, et le prix partagé, *si non habendae quadrigae sed vendendae, coita est societas*, la perte de mon cheval avant la mise en commun aurait pour effet de résoudre le contrat, car le but de la société n'étant pas d'établir une copropriété par indivis, mais de vendre un attelage de quatre chevaux, ne peut plus être atteint après la perte du mien.

Si la chose à mettre en commun est un *genus* ou une *quantitas*, l'associé ne peut être libéré avant qu'il ait réellement effectué l'apport, et les associés ne lui doivent tenir aucun compte des pertes qu'il éprouve auparavant; quel que soit l'événement, il est tenu d'exécuter l'obligation.

288. Dans les contrats innommés, il n'existe pas de règle spéciale sur la question de savoir quelle partie doit supporter les risques et périls; elle se décide d'après l'analogie que le contrat innommé présente avec tel ou tel contrat nommé. Lorsque les jurisconsultes romains examinent quels effets les contrats innommés peuvent produire, ils commencent toujours par rechercher cette analogie pour en déduire leurs décisions (1). Voici donc les règles qui se fondent sur cette analogie :

a) Dans l'échange la question de péril se décide comme au contrat de vente. Pour le montrer il sera nécessaire de distinguer différentes hypothèses.

1° L'une des choses périt avant qu'il y ait exécution d'aucune part : dans ce cas, puisque la prestation d'une part est à l'échange ce que le simple consentement est à la vente, il s'ensuit que si l'une des parties exécute le contrat, alors que la *species* que le coéchangiste devait donner a déjà péri, cette exécution manque son effet, de même que la vente est nulle si au moment où le

(1) Voir L. 1, D. XIX, 2; — L. 13, D. XIX, 5; — L. 5, § 4, D. *cod.*, etc.

consentement intervient, l'objet du contrat n'existe plus. Donc celui qui a donné pourra répéter la chose *condictione sine causâ*, comme en cas de nullité de la vente, l'acheteur répéterait le prix par cette même *condictio* (1).

1° Si la chose périt après prestation d'une part, si par exemple Pierre ayant exécuté le contrat, la *species* que devait livrer Paul, périt fortuitement et avant qu'il ait été constitué en demeure, ce sera le créancier Pierre qui supportera cette perte, car le contrat a été parfait, et Paul sera libéré en vertu du principe : *Impossibîlium nulla obligatio*; il sera censé avoir donné la chose que le hasard seul l'empêche de donner. Telle est la décision des L. 10, C. IV, 6, et L. 3, D. XIX, 3. Créancier de la *species*, j'en porte le péril comme dans la vente, je demeure obligé, et le débiteur de la *species* est libéré par le hasard. D'après la L. 3, § 1, D. XIX, 3, si je vous ai donné des coupes d'argent pour que vous me donniez Stichus, ce sera moi qui porterai les risques et périls de l'esclave, de même que l'acheteur porterait les risques et périls dès le moment du contrat.

Malgré l'autorité de ces textes, Thibaut se fondant sur la L. 16, D. XII, 4, a soutenu, que l'échange suivait des règles autres que la vente, que lorsque l'échangiste obligé par la prestation à lui faite, est ensuite libéré par l'effet du hasard, l'autre pourra répéter ce qu'il a donné. Et en effet la L. 16, D. XII, 4, paraît appuyer cette opinion. Je vous ai donné une somme d'argent, dit cette loi, pour que vous me donniez Stichus; si Stichus est mort (*mortuus est*), je puis répéter la somme (2). Mais nous pensons avec Waechter que cette loi ne prononce que sur le cas où Stichus était déjà mort au moment où la somme a été donnée et où devait se former le lien du contrat (3). C'est ce qu'indique le passé *mortuus est*. Si *mortuus est Stichus*, dit la loi, *repetere possum quod ideo tibi dedi ut mihi Stichum dares*. Dès lors, dans l'espèce de la loi,

(1) L. 37, D. XVIII, 1. — L. 16, D. XII, 4.

(2) Il y a ici échange, contrat inconnu et non pas vente, quoiqu'il s'agisse d'une somme d'argent, parce que la vente ne peut avoir pour objet que le *tradere* et non pas le *dare*.

(3) *Archiv. f. cir. Praxis*, T. XV, p. 214.

l'échangiste qui aurait fait sa prestation, se trouverait dans le cas d'un acheteur qui aurait payé un objet qui n'existait plus au moment du contrat; il y aurait dation sans contrat, sans cause, et par conséquent *condictio sine causâ*. Le cas de cette loi est donc bien différent de celui des deux autres textes, où Stichus est mort seulement après que le contrat était déjà parfait. Interprétés de la sorte, les trois textes se trouvent dans un accord parfait entre eux et avec les principes qui gouvernent le contrat de vente, et il en résultera que ni la *condictio causa data, causa non secuta*, ni l'*actio prescriptis verbis*, ne peuvent être intentées lorsque l'échangiste à qui une prestation a été faite, est dans l'impossibilité de faire la sienne, parce que cette impossibilité non occasionnée par sa faute équivaut à l'exécution, comme la L. 3, § 1, D. XVIII, 1, l'établit pour la vente.

289. b) Voyons les contrats innommés qui se rapprochent du mandat. Nous en trouvons un exemple à la L. 3, § 3, D. XII, 4. Voulant procurer la liberté à un esclave, je donne à son maître une somme pour qu'il l'affranchisse, mais dans l'intervalle l'esclave prend la fuite : puis-je répéter ce que j'ai donné? Celui qui devait affranchir l'esclave et qui ne l'a pas fait, est-il censé avoir accompli son obligation, comme au contrat de vente le vendeur est censé avoir livré la chose lorsque celle-ci a péri par cas fortuit? La loi répond par une distinction. Si le maître avait l'intention, en recevant la somme, de vendre l'esclave, et qu'il ne l'ait pas vendu, pour pouvoir l'affranchir, il n'y a pas lieu à répétition. S'il n'avait pas l'intention de le vendre, la répétition a lieu. Le motif de cette distinction est évidemment l'analogie qui existe au premier cas avec la vente, au deuxième avec le mandat. Si le maître avait l'intention de vendre l'esclave, le jurisconsulte décide comme s'il y avait vente, puisqu'il refuse la répétition, et en effet le contrat implique vente et, de plus, mandat à l'effet d'affranchir. Au deuxième cas, il n'y a ni vente ni rien d'analogue; le maître qui n'avait nulle intention de vendre l'esclave, en eût d'ailleurs supporté la perte si le contrat n'était point intervenu. C'est donc l'analogie avec le mandat qui prédomine. L'affranchissement, objet du quasi-mandat, étant devenu impossible, il est juste d'accorder

la répétition de la somme qui n'a été donnée que pour défrayer le maître de la perte que lui aurait causée son exécution.

290. Dans le contrat dit *aestimatorius*, que nous appelons vente sur commission, la question des risques et périls se décide par l'analogie qu'il présente tantôt avec le mandat, tantôt avec la société. La question de savoir si dans ce contrat la propriété est transférée est des plus controversées (1); et celle des risques et périls ne l'est pas moins, à cause de la connexion que beaucoup d'auteurs ont cru exister entre les deux; mais en vertu des règles que nous avons déduites plus haut, il nous sera permis d'examiner la seconde indépendamment de la première.

Voici la décision de la L. 17, § 1, D. XIX, § : Je vous donne à vendre des perles sous estimation, à condition que vous me rendiez les perles ou que vous m'en remettiez le prix, suivant l'estimation : qui porte les risques et périls? Ulpien distingue trois cas : *Si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum; — si tu me, tuum; — si neuter, nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Actio autem ex hac causâ utique erit praescriptis verbis.*

Le premier cas, celui où voulant vendre un objet, je commissionne un autre pour qu'il le vende à un prix déterminé, a la plus grande analogie avec le mandat. Il y aurait mandat si l'office du revendeur était gratuit, si le revendeur n'avait la chance de vendre à un prix plus élevé que l'estimation, et ne pouvait retenir l'excédant (2). D'après cette analogie, il est donc naturel que l'affaire se gère au risque de celui qui a commissionné l'autre, de même que le mandat s'exécute au risque du mandant, pourvu que le mandataire soit exempt de faute. Donc si j'ai donné commission de vendre la chose, elle est à mes risques et périls.

Au deuxième cas, lorsque je n'ai pas l'intention de vendre un objet, mais qu'on m'engage à le faire, il y a encore analogie avec le mandat, mais cette fois c'est le revendeur, l'auteur de la proposition, qui est le quasi-mandant et qui comme tel porte la

(1) V. POCHT, *Darstellung der innominat contracten.*

(2) L. 12, D. XIX, 5.

responsabilité, de même que le véritable mandant porte la responsabilité de la gestion toutes les fois qu'il engage un autre, fût-ce dans l'intérêt exclusif de cet autre, à faire ce qu'il n'aurait point fait (1). D'ailleurs au cas de la L. 17 l'intérêt est partagé.

Pour le troisième cas, lorsqu'il résulte des circonstances que ni l'un ni l'autre ne peut être considéré comme auteur de la proposition, le texte se borne à dire qu'il y a lieu à l'*actio praescriptis verbis*. Que faut-il en conclure quant aux risques et périls? Il faut admettre que celui qui a donné à vendre, porte le risque : le contrat a dans ce cas la plus grande analogie avec la société; il y aurait société à l'effet de vendre si ce n'était une condition essentielle de toute société que chaque contractant ait sa part dans le bénéfice. Or ici, en cas de vente, s'il est certain que l'un recevra le prix, il est incertain que le revendeur vende la chose au-delà de l'estimation et garde un excédant; donc il n'y a pas de société. Celui qui a donné à vendre avec estimation, dit la L. 13, D. XIX, 3, *non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit*. Quoi qu'il en soit, l'analogie avec la société n'en est pas moins frappante dans la dernière hypothèse de la L. 17; et c'est pour ces motifs que, conformément aux règles de la société, le revendeur ne répondra que de sa faute, mais non du cas fortuit. La L. 52, § 3, D. XVII, 2, le décide dans une espèce semblable. Si l'un des associés a reçu du bétail sous estimation, c'est-à-dire, avec charge de le vendre à un prix déterminé, il est tenu de toute faute, même du vol qui n'est pas commis à main armée, mais non de la force majeure, ni du cas fortuit.

Ainsi lorsqu'une chose est donnée avec estimation, sur la proposition de celui qui donne, celui-ci est considéré comme mandant et demeure comme tel chargé des risques et périls; le revendeur n'est tenu que de la faute. Il en est de même lorsque la chose est donnée par l'effet d'un accord spontané entre celui qui donne et le revendeur sans qu'aucun des contractants puisse être considéré comme mandant. Enfin lorsqu'elle est donnée sur la proposition du revendeur, celui-ci porte les risques et périls; il est

(1) Compar. L. 11, D. XII, 1; — L. 6, § 5, D. XVII, 1.

considéré comme mandant dans une affaire où les deux parties sont intéressées.

Il résulte de ce qui précède que dans le contrat dit *aestimato-rius*, pas plus que dans les autres contrats en général, la question des risques et périls ne dépend de celle de propriété, en d'autres mots, que la règle *res perit domino* ne s'applique pas plus aux contrats innommés qu'aux autres contrats. Il est donc impossible d'admettre d'autres règles générales que celles qui résultent du principe que tout fait doit être réparé s'il est imputable, et qu'un contrat parfait n'est point résolu par le hasard, mais doit s'exécuter dans la limite du possible : *Casus fortuiti a nemine praestantur*; — *Impossibilium nulla est obligatio*.

291. Si, comme nous venons de le voir, personne en règle générale n'est tenu de réparer le dommage fortuit, il y a pourtant des cas où, pour des motifs spéciaux, cette obligation existe; c'est ce qui a lieu :

1° Lorsque celui qui détient une chose en vertu du contrat, en a violé la loi, soit directement, soit par une faute qui lui est imputable. — Un bâtiment a été loué à quelqu'un sous la condition de n'y point faire de feu; cette loi du contrat est violée : le locataire répondra même du cas fortuit (L. 12, § 1, D. XIX, 2). — Le commodataire est tenu de toute faute; il n'y a que les cas fortuits dont il n'ait pas à répondre, par exemple le vol à main armée, le naufrage, l'incendie, la fuite des esclaves non connus pour fuyards. Si cependant de la vaisselle a été prêtée pour un repas qui devait être donné aux amis sur les lieux mêmes, et que le commodataire ait voyagé avec cette vaisselle, il répondra du cas fortuit, parce qu'il a violé le contrat (L. 18, D. XIII, 6).

Il en est de même lorsque le débiteur retarde illégalement l'exécution du contrat (1), lorsqu'il a été constitué en demeure. Mais il ne faut pas confondre avec la demeure, le cas où le possesseur d'un objet oppose une contestation légitime au demandeur. Après la litiscontestation le possesseur n'est tenu que de la faute, si sa possession n'est pas de mauvaise foi; d'où il suit qu'il n'est tenu

(1) L. 82, § 1, D. XLV, 1. — Voir plus loin le chapitre de la Demeure.

du cas fortuit ou de la force majeure qu'en tant que le cas fortuit soit la conséquence de sa faute, ainsi que cela a lieu dans les exemples que l'on trouve à la L. 36, D. VI, 1. En vertu de cette loi, le possesseur qui n'a pas été de mauvaise foi est tenu du cas fortuit, non parce que la litiscontestation l'aurait constitué en demeure, mais parce que le cas fortuit, dans l'espèce de cette loi, est le résultat d'une faute, d'un manquement aux soins que tout possesseur doit employer après la litiscontestation à la conservation d'une chose qu'il peut être dans le cas de devoir restituer. En effet, d'après la L. 36, le possesseur est tenu s'il n'a pas fait garder l'esclave reconnu pour être fuyard, ou s'il a levé l'ancre par un temps orageux et que le vaisseau ait fait naufrage. Les interprètes appellent souvent *casus mixtus*, un tel hasard amené par un fait qui le rende imputable.

2° On peut encore être tenu du cas fortuit en vertu d'une convention, soit expresse, soit tacite (1).

Lorsque Mühlenbruch (2), cite à l'appui de cette règle la L. 1, § 35, D. XVI, 3, concernant le dépositaire qui s'est présenté pour recevoir le dépôt, et qu'il ajoute qu'on est censé tacitement assumer sur soi tout risque et péril lorsqu'étant déjà tenu de la faute par la nature même de l'engagement, on se charge formellement de la *custodia*, il confond la *custodia* qui, comme nous l'avons vu plus haut dans la théorie de la faute, est considérée comme un *casus minor*, avec tout le risque et péril dans toute l'extension du mot. Quand le mot *custodia* se trouve employé par opposition à *culpa*, il désigne une responsabilité sans contredit plus grande que la *culpa*, et se rapporte alors à la fuite des esclaves non reconnus fuyards, ou des animaux qu'on ne garde pas d'ordinaire, fuite dont on n'est pas responsable lorsqu'on n'est pas tenu de la *custodia*; il se rapporte encore au vol qui n'a pas été amené par une faute du débiteur, et qui peut être commis sur un père de famille diligent, sans force majeure, et que l'on aurait pu éviter par la surveillance d'un gardien. Ce n'est donc que de ces divers

(1) L. 39, D. XVII, 1; — L. 9, § 2, D. XIX, 2; — L. 8, § 3, D. XIII, 6.

(2) MÜHLENBRUCH, *Doctr. Pand.*, § 362, notes 12 et 13.

accidents, qui à la rigueur auraient pu être prévus et évités, mais qui dépassent cependant les soins ordinaires d'un bon père de famille, qu'on est tenu lorsqu'on a assumé sur soi l'obligation de la *custodia*. Les cas purement fortuits, les événements majeurs restent en-dehors de cette responsabilité.

D'après la L. 1, § 33, D. XVI, 3, le dépositaire qui assume sur lui les risques et périls, est responsable de tout événement; celui qui s'est offert pour recevoir le dépôt, assume aussi tacitement le risque, mais, ajoute la loi, il n'assume que le *periculum culpae et custodiae*, et non le cas fortuit : *ita tamen ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos*. Ainsi d'après ce texte, la *custodia* qui doit être prestée avec la *culpa*, n'embrasse pas la responsabilité du cas fortuit. D'après le § 3, Inst. III, 23 (24), le vendeur qui est tenu de la faute par la nature même du contrat, est en outre tenu de la fuite de l'esclave, et du vol s'il s'est chargé de la *custodia* : *Quod si fugerit homo qui venit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus, neque culpa venditoris intervenierit animadvertendum erit an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit*. Mais le vendeur serait-il tenu aussi du vol à main armée ou de la perte purement fortuite, en un mot du cas tout-à-fait fortuit, de la force majeure ? C'est ce que ce texte ne dit pas; il semble dire plutôt le contraire par ces mots *ad ipsius periculum is casus pertinet*, qui indiquent qu'il n'est pas tenu pour cela de tout cas fortuit en général. D'un autre côté, d'après la L. 1, § 33, celui qui est tenu de la *custodia* ne répond pas du cas purement fortuit. Donc on ne peut admettre avec Mühlenbruch que le vendeur qui assume la *custodia*, soit responsable de tout risque et péril. Et quant à la L. 35, D. XIX, 2, également invoquée, elle prouve bien que le *locator horreorum* qui a assumé la *custodia* est tenu du vol et du pillage; mais la L. 4, C. IV, 63, qui impose de plein droit l'obligation de la *custodia* à ce *locator*, ne l'oblige qu'à mettre des gardiens auprès des greniers, sans le rendre responsable indéfiniment de tout risque et péril, ni de la force majeure (1).

(1) L'opinion de MÜHLENBRUCH est rejetée par HASEK, *Dio culpa des röm. Rechts*, § 98.

292. Lorsqu'on a assumé par une clause du contrat le risque et péril, on est tenu, dit Mühlenbruch, de tout risque, sans qu'il faille distinguer entre les *casus soliti* et les *casus insoliti*. Et en effet la généralité de pareille clause rend inutile toute distinction. Cependant quand il s'agit de déterminer à quelles conditions un fermier qui a souffert un dommage dans les récoltes, a droit à une remise, cette distinction est consacrée par la L. 15, § 2, D. XIX, 2. Ainsi les pertes causées par les intempéries, les neiges, les chaleurs ou les frimas excessifs, lorsque ces accidents sont insolites (*solis fervore non adsueto*), donnent droit à la réduction. Si *vero nihil extra consuetudinem acciderit*, ajoute la loi, *damnum coloni est*. Les pertes causées par le feu du ciel, par les inondations extraordinaires, par l'invasion de l'ennemi, ou par des insectes ou d'autres animaux dévastateurs, tels qu'essaims de sauterelles, d'étourneaux, de corneilles moissonneuses, sont par elles-mêmes des pertes insolites; aussi sont-elles appelées *extra rem*, c'est-à-dire ayant leur cause en-dehors de la chose endommagée, étant par cela même au-dessus de toute prévision, et donnant lieu à la remise du fermage. Au contraire les dommages produits *ex re ipsa*, par l'inondation qui a sa cause dans la situation des lieux, la proximité du fleuve, ou par l'ivraie qui se mêle souvent aux semailles, ou par les vers qui rongent les racines et qui naissent d'ordinaire lorsqu'après de grandes pluies vient un soleil ardent, ces dommages ne donnent droit à aucune remise, car ils sont nés de causes ordinaires de perte qu'on a pu plus ou moins prévoir en contractant. La distinction en *casus soliti* et *insoliti* a donc son utilité dans le contrat de louage, puisque c'est sur elle que la L. 15, § 2, fonde le droit qu'a le fermier d'obtenir en cas de perte une remise de fermage.

Quelquefois dans leurs stipulations sur les risques et périls, les parties contractantes font elles-mêmes la distinction; ainsi la L. 78, § 3, D. XVIII, 1, décide que lorsque dans une vente de fruits en vert, le vendeur déclare répondre du dommage qui pourrait survenir par force majeure, ou par intempérie, *vi aut tempestate*, il est tenu de réduire le prix si les neiges ont nui à la récolte, pourvu cependant que ces neiges aient été insolites; car la clause par

laquelle une partie se charge du risque, ne saurait être étendue au-delà de ses termes. L'acheteur d'une chose doit supporter naturellement la perte de la détérioration, et si le vendeur se charge de ce risque, cette clause doit s'interpréter strictement. Or les mots *vis et tempestas* ne se rapportent qu'aux dommages extraordinaires.

293. Pour ce qui concerne la preuve en matière de risques et périls, il nous suffira de renvoyer aux principes que nous avons exposés au n° 213.

Celui qui allègue la perte de la chose pour se prétendre libéré de son obligation, devra fournir la preuve de cette perte, sans qu'on puisse exiger de lui qu'il établisse qu'aucun dol ne l'a amenée, car le dol ne se présume pas. Mais celui des contractants qui est tenu de la faute doit, en cas de perte, pour mettre sa responsabilité à couvert, prouver que la perte a eu lieu par un cas fortuit.

294. Nous avons vu plus haut que la règle *res perit domino*, est une invention des interprètes, et que de l'aveu de ceux mêmes qui l'ont admise et entre autres de Pothier, elle ne s'applique qu'aux contrats où il s'agit de la restitution d'une chose dont la détention ou l'usage a été concédé, et non à ceux où il s'agit du transport de la propriété, dans lesquels il faut plutôt, disent ces auteurs, suivre la règle *species perit creditori*. M. Troplong résumant la doctrine de Pothier, ajoute qu'elle avait été jugée contraire au droit naturel par Puffendorf, Barbeyrac, Grotius, et que Cujas même, en s'appuyant d'un texte d'Africanus, la L. 53, D. XIX, 2, avait cherché à concilier les lois romaines avec l'équité, pour soutenir que l'acheteur privé de la chose, n'en devait pas le prix, opinion qui cependant n'a pu prévaloir contre l'autorité des textes les plus formels, ni obtenir l'assentiment de la doctrine et de la jurisprudence. D'après Troplong il aurait été réservé au Code civil, d'établir par sa théorie sur la transmission de la propriété par le seul effet du contrat, une parfaite harmonie entre les notions du droit naturel, et la règle que la chose périt pour l'acheteur.

En effet, dit-il, l'acheteur étant investi de la propriété dès que le contrat est parfait, c'est le propriétaire qui souffre la perte de

la chose, et il ne reste plus qu'à dire avec la raison et la plus stricte justice : *res perit domino* (1).

Mais, quoique le transport de la propriété par le seul effet de la convention, ait étendu la règle *res perit domino*, aux cas où l'on disait auparavant *species debita perit creditori*, puisque sous le Code le créancier d'une *species* en est en même temps propriétaire, cependant cette règle, outre qu'elle est sans application à une foule de relations contractuelles, par exemple aux obligations d'un *facere*, et par conséquent aussi au louage d'ouvrage, peut encore aujourd'hui conduire à faux, par exemple dans le contrat de mandat et dans le contrat de société. Car si l'associé, en gérant les affaires de la société, perd fortuitement une chose qui lui appartient, cette perte est supportée, non par lui, mais par la société (art. 1832); et il en est de même du mandataire quant aux pertes fortuites qu'il fait à l'occasion de son mandat (art. 2000).

Enfin cette règle peut encore tromper au contrat de vente, comme l'a fort bien démontré M. Duvergier : « La règle *res perit domino* n'est pas toujours, dit-il, un guide infailible lorsqu'on cherche où réside la propriété.... L'art. 1583 doit s'entendre en ce sens que bien que les risques pèsent sur le vendeur jusqu'au compte, au pesage ou au mesurage, la vente opère la transmission de la propriété, lorsque les marchandises sont suffisamment désignées. » Ainsi d'après cet auteur, la propriété serait transférée si tant de mesures de bois déposées dans tel port, tant de kilogrammes de sel chargés à bord de tel navire, étaient vendus à tant la mesure ou le kilogramme, quoique le risque demeurât au vendeur jusqu'au mesurage ou au pesage. Mais il en serait autrement si l'on vendait seulement autant de mesures de bois, autant de kilogrammes de sel, sans détermination ultérieure (1).

Ces observations faites sur l'étendue de la règle *res perit domino*, disons que dans les obligations unilatérales la question des risques et périls se décide comme en droit romain, soit à cause de la règle

(1) TROPLONG, *De la Vente*, n° 358. Voyez plus haut le n° 289.

(2) DUVERGIER, *Continuation de TOULLIER*, tome I (*Vente*), n° 83 et 87.

res perit domino, soit à cause de la règle plus générale et plus infaillible *species debita perit creditori*. Et dans les contrats synallagmatiques, la question des risques et périls se décide encore, en général, d'après les textes du droit romain, sauf quelques modifications concernant la vente conditionnelle, la vente *ad gustum*, et le contrat de louage d'ouvrage. Il est vrai que relativement à la vente pure et simple, aucun texte formel n'oblige l'acheteur à payer le prix lorsque le vendeur a livré le corps certain qui a péri fortuitement, et que les art. 1158, 1502, 1243 pourraient laisser du doute sur cette question; mais quand on compare l'art. 1583, qui déclare l'acheteur propriétaire à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, avec l'*Exposé des motifs* où l'on voit sans cesse invoquer la règle *res perit domino*, on est forcé de se ranger du côté de la doctrine des auteurs, qui admettent généralement que le Code civil a consacré les principes du droit commun et de l'ancienne jurisprudence en matière de vente.

L'art. 1182 consacre cependant une dérogation pour le risque de détérioration dans la vente conditionnelle; tandis que le droit romain fait supporter à l'acheteur le risque des détériorations dans la vente conditionnelle, l'art. 1182 lui donne le droit de se départir du contrat, de sorte qu'en définitive le risque des détériorations comme celui de la chose même peut retomber sur le vendeur. Cette disposition est critiquée par Duranton et par Marcadé comme illogique et contraire à l'équité : illogique, en ce que le contrat étant parfait au moment de l'arrivée de la condition, puisque la chose, quoique détériorée, existe dans son espèce, l'art. 1179 veut que la condition rétroagisse jusqu'au moment du contrat et que les détériorations soient envisagées comme si elle avaient existé dès ce moment; — contraire à l'équité, puisque l'acheteur profitant des accessions et des accroissements qui ont lieu, *pendente conditione*, il serait juste aussi qu'il supportât l'*incommodum* et les détériorations (1). Ainsi quand on lit l'*Exposé des motifs* de Bigot-Préamencu, on voit que la disposition critiquée n'a d'autre

(1) MARCADÉ, sur l'art. 1182. — DURANTON, XI, 80. — ZACHARIÆ, § 202, 2^e note. — TOULIER, VI, 538.

origine que la règle *res perit domino*, qui a donné le change au législateur. Dans la vente sous condition, disait Bigot-Préaumeu, le débiteur restant propriétaire jusqu'à l'accomplissement de la condition, ce doit être à ses risques que la chose diminue ou se détériore, et le créancier, s'il n'est pas en faute, doit avoir le choix de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec dommages et intérêts.

Pour la vente *ad gustum*, l'art. 1587 s'est encore écarté du droit romain. Tandis que la L. 4, § 1, D. XVIII, 6, fait supporter à l'acheteur le risque même de la chose qui doit être dégustée d'après la convention ou d'après l'usage, si cette chose est une *species*, et qu'elle ne laisse au vendeur que le risque de l'acidité ou de la corruption, l'art. 1589 lui laisse toujours tout le risque, sans distinguer si la vente a eu pour objet une certaine quantité de vin à prendre dans une plus grande, ou bien un corps certain, par exemple, telle pièce déterminée.

Dans la *locatio rerum*, la perte fortuite de la chose résout le bail, parce que le prix de la location est convenu pour une chose future, *conductor uti frui licere*, laquelle étant devenue impossible, le loyer ne saurait être dû, et le bailleur se trouve libéré (art. 1722).

Également dans le louage d'ouvrage, lorsque celui qui doit prêter l'ouvrage est dans l'impossibilité de le faire, le contrat est résolu. Mais lorsque le maître qui doit recevoir l'œuvre ne la reçoit pas, alors que l'ouvrier ou l'architecte est prêt à la prêter, le maître devra les dommages et intérêts. Du reste, l'entrepreneur d'une œuvre ne répond aussi que de la faute, et non du cas fortuit. Jusqu'ici il y a donc conformité avec le droit romain, mais il y a différence en ce que l'architecte est responsable non seulement des vices de l'œuvre, mais aussi des vices du sol; il doit donc faire les constructions de telle sorte que les vices du sol soient corrigés (art. 1792). Cette responsabilité dure dix ans.

293. Enfin quant au contrat de société, quoique les dispositions de l'art. 1867 aient paru anormales à la plupart des interprètes (1),

(1) On peut voir dans TROPLONG, *Du contrat de société*, édition DELLECQUE, les interprétations diverses qui ont été données de l'art. 1867.

cependant il nous sera facile de montrer qu'au fond les §§ 1 et 3 de cet article ne font que reproduire les dispositions de la L. 58, D. XVII, 2, que nous avons expliquée plus haut, tandis que le § 2 de l'article contient une addition à la L. 58, relative au cas où il a été convenu de mettre une chose en commun, quant à l'usage ou à la jouissance seulement, et non quant à la propriété. L'art. 1867 est ainsi conçu :

§ 1. « Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en commun soit effectuée, opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés. »

§ 2. « La société est également dissoute dans tous les cas par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun, et que la propriété en est restée dans la main de l'associé. »

§ 3. « Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société. »

A ne voir que le texte des §§ 1 et 3, sans les rapprocher des termes primitifs du projet, et sans tenir compte des modifications qui ont amené la rédaction définitive, on serait tenté de croire que le législateur, oubliant les principes posés aux art. 711 et 1138, sur le transport de la propriété par le seul effet de la convention, est retombé à l'art. 1867 dans l'ancien système d'après lequel la tradition était requise pour rendre la société propriétaire de la mise due par l'associé. Telle est l'opinion de Jourdan (*Thémis*, V). Pardessus admet aussi l'exception, mais il cherche à la justifier par des motifs qui sont illusoire. Cependant il n'en est rien; il n'y a ni anomalie, ni exception. Quand on recourt aux travaux préliminaires, on voit que la disposition primitive des §§ 1 et 3, a été puisée dans Pothier, *De la société*, n° 141, où cet auteur explique la L. 58, D. XVII, 2; et que le § 2 a été ajouté par le Tribunal (1); que d'après cela le § 1 se rapporte au cas où l'un des associés doit apporter une chose, non pas pour en faire une chose commune, mais pour une certaine destination (qui dans l'espèce de la L. 58 consistait à vendre un quadriges), tandis que le

(1) Voir FENET, II, p. 378; XIV, 365 et 383.

§ 3 se rapporte au cas où la propriété de la chose même doit être mise en commun. C'est en effet la distinction très-fondée que fait la L. 58 que nous avons rapportée au n° 287, et qui résulte encore de la rédaction primitive de ce § 1, ainsi conçu : « S'il a été contracté société, disait-on, pour y mettre le prix de la vente à faire en commun de plusieurs choses appartenant à chaque associé, et que la chose de l'un d'eux périsse, la société est éteinte. » (Comparez Pothier, au n° 141). — Au Conseil d'état cette disposition ne fut pas adoptée; l'article avait trop l'air d'une règle donnée dans un exemple; de là la rédaction suivante : « La chose que l'un des associés devait mettre dans la société, et qui a péri, opère la dissolution de la société, » rédaction plus générale, mais obscure et incorrecte. Au Tribunal nouvel amendement, et l'article n'en devint que plus obscur. On voulut combler une lacune et faire mention du cas où la chose ne devait être mise en commun que quant à l'usage ou à la jouissance, et la rédaction du Tribunal fut définitivement adoptée, et forma l'art. 1867.

D'après cela voyons quels sont les cas auxquels s'applique le § 1.

D'abord il est évident qu'il s'applique au cas de la L. 58, où des choses doivent être apportées pour une certaine destination, but et condition de l'existence même de la société. Mais les termes de l'article 1867 vont au-delà et s'appliquent à tous les cas où une chose, soit à cause des circonstances, soit à cause de l'intention des parties, n'a pu devenir la propriété de la chose à l'instant même. Ainsi, je pense que Delvincourt ne s'est pas trompé quand il a enseigné que le § 1 s'appliquait au cas où l'un des associés avait promis d'apporter la chose d'autrui en société; que M. Duvergier ne s'est pas trompé quand il applique l'article au cas où il aurait été convenu que la propriété de la chose constituant l'apport, ne passerait à la société qu'après un certain temps. Enfin l'article s'applique évidemment aussi au cas, indiqué par Troplong (n° 932), où j'aurais promis de mettre en société la cargaison de blé qui partie d'Odessa dans tel bâtiment, doit arriver à Marseille, et que je me propose d'acheter. En un mot le § 1 de l'art. 1867 s'applique à tous les cas où l'on peut promettre seulement d'apporter la propriété d'une chose, sans que l'on puisse ou veuille à l'instant même

apporter cette propriété, ainsi que cela a lieu dans les hypothèses citées.

Tel est la signification du § 1; il ne distingue pas la promesse d'apporter la propriété du transfert de la propriété, dans le sens que la propriété ne pourrait se transférer que par la tradition, mais il distingue la promesse d'avec le transport, dans le sens qu'il y a des cas où l'on ne veut que promettre de transférer sans qu'on puisse ou veuille transférer à l'instant même. Mais l'art. 1867, ne déterminant rien sur les conditions requises pour le transport de la propriété, ne peut par conséquent apporter de dérogation aux art. 711, 1136, etc. (1).

Quant au § 2, il ne fait que consacrer une règle depuis longtemps admise par la doctrine. Au cas où une chose n'est mise en commun que quant à l'usage, la propriété demeurant réservée à l'associé, il doit arriver naturellement que la perte de cette chose dissout la société, car la mise de l'associé consiste dans une chose future, le *praestare uti frui licere*; lors donc que la chose périt, cet associé n'a plus de mise, et la société est dissoute, par application des règles que nous avons déjà expliquées.

Il résulte des considérations qui précèdent qu'en général le droit romain forme en matière de risques et périls la base du droit français, sous les modifications que nous avons indiquées.

(1) Comparez ZACHARIÆ, § 384.

CHAPITRE XX.

DES DOMMAGES NON FORTUITS ET DE LA MANIÈRE DONT ILS SONT RÉPARÉS.

Sommaire.

296. Objet du présent chapitre.
297. Différences entre les actions *stricti juris*, *bonae fidei* et *arbitrariae*, quant à la réparation du dommage.
298. Ce que comprennent les dommages et intérêts. — Du *damnum indirectum*; du *lucrum cessans*. Pour qu'il y ait obligation de réparer le dommage, il faut qu'il ait pour cause unique l'inexécution ou l'exécution imparfaite du contrat; il faut qu'il en soit une conséquence directe et immédiate. Il en est de même du *lucrum cessans*.
299. Exposé des règles sur lesquelles se fonde et se détermine l'étendue des dommages et intérêts pour les contrats de bonne foi.
300. De la manière dont il faut évaluer les dommages intérêts. — Dans les *judicia stricti juris* on n'a jamais égard qu'à la valeur objective et connue; dans les *judicia bonae fidei* on doit considérer le prix que la chose a pour la partie lésée. — Le prix d'affection est-il pris en considération?
301. Pour évaluer les dommages et intérêts il importe de savoir quel est le lieu dont le prix commun doit servir de base à l'appréciation.
302. A quelle époque faut-il se rapporter pour établir le prix commun qui doit servir à l'évaluation de la chose?
303. A quelle époque faut-il se rapporter pour apprécier l'état sous lequel la chose doit être évaluée?
304. Suite.
305. Comment le mode de preuve du montant des dommages-intérêts variait d'après la cause qui les avait produits.
306. Comparaison du droit moderne et du droit romain, dans leurs dispositions sur l'étendue des dommages-intérêts, et les règles d'après lesquelles il faut les évaluer.
-

296. L'ordre qu'il nous est imposé de suivre nous amène à traiter maintenant des dommages qui ne sont pas fortuits, et de

la manière dont ils doivent être réparés. Nous aurons d'abord à déterminer par des règles générales, quelle est l'étendue de la réparation suivant les diverses causes du dommage et le degré de l'imputabilité, puis à définir plus particulièrement ce qu'on entend par dommages-intérêts, par dommage direct, dommage indirect, et jusqu'où s'étend ce dernier. Enfin nous déterminerons les circonstances de personne et de lieu qui doivent influencer sur l'évaluation du dommage.

297. C'est sur la différence entre les actions *stricti juris* et *bonae fidei* comparées avec les actions arbitraires, que sont fondées les règles générales sur l'extension dont est susceptible la réparation des dommages imputables.

S'agit-il d'actions naissant d'un contrat de bonne foi, d'un contrat synallagmatique, la demande est naturellement un *incertum*, et la preuve du dommage, le montant de la condamnation, tout est abandonné à l'arbitrage du juge. Non seulement l'estimation de la chose avec toutes ses accessions, tout le dommage positif, mais encore le gain non réalisé et le prix d'affection même peuvent être pris en considération; et le serment du créancier établit l'estimation lorsqu'il y a eu dol de la part du défendeur (1).

Les *judicia stricti juris* suivent d'autres règles. Comme rien n'y était abandonné à l'*arbitrium judicis*, la demande devait avoir pour objet un *certum* fixé à l'avance, soit par la clause pénale, soit par le testament, soit par la loi (*condictio furtiva*, *actio ex lege Aquilia*), soit par la *numratio pecuniae*, car telles furent avec la *litterarum obligatio* les causes des obligations *stricti juris*, toutes obligations unilatérales. Si le créancier demandait plus qu'il ne lui était dû, son droit était périmé, *causa cadebat*; et d'autre part le juge ne pouvait lui adjuger que ce qu'il avait demandé. Il suit de là que l'*actio stricti juris* ne pouvait comprendre l'intérêt, qui par lui-même est un *incertum*, mais seulement la valeur objective et certaine, le prix marchand, lorsque la chose n'était pas livrée, lorsque le débiteur par son fait avait rendu l'exécution de l'obli-

(1) Cependant en matière de garantie, lorsque le vice de la chose a été ignoré de celui qui en répond, l'intérêt proprement dit est exclu de l'estimation. V. L. 13, § 1, D. XIX, 1; — L. 19, § 2, D. XIX, 2.

gation impossible; et comme la réparation ne pouvait aller au-delà de l'estimation, que la preuve de l'intérêt n'était pas admise, ou ne distinguait pas même si c'était par son dol ou par sa faute, que le débiteur n'accomplissait point son obligation. C'est pourquoi, il est décidé à la L. 112, § 1, D. XXX, que l'héritier qui a été chargé de donner son esclave à un légataire et qui par le fait de l'affranchissement, a rendu cette obligation impossible, doit l'estimation de l'esclave, qu'il ait agi sciemment ou non; car le légataire doit poursuivre son legs par l'*actio ex testamento*, qui est *stricti juris*. C'est encore parce que le demandeur ne saurait obtenir plus qu'il ne demande, que l'estimation de la chose se fait selon le prix commun qu'elle a au moment de la *litis contestatio* et non du jugement, car si ce dernier temps était pris en considération, ainsi que cela a lieu dans les *obligationes bonae fidei*, il arriverait que dans les *stricti juris obligationes* le demandeur pourrait obtenir plus qu'il n'a demandé.

Les actions *stricti juris*, lorsqu'elles dérivent de la loi, comme par exemple l'*actio ex lege Aquilia*, la *condictio furtiva*, dérogent aux règles que nous venons de donner. Ainsi d'après la loi *Aquilia*, l'estimation est faite selon le plus haut prix de la chose pendant l'année ou les trente derniers jours. Conformément à sa nature *stricti juris*, l'*actio ex lege Aquilia* n'avait d'abord pour objet que l'estimation de la chose endommagée (L. 29, § 3, D. IX, 2); mais dans la suite, et par l'interprétation des jurisconsultes, elle comprit aussi le dommage qui en résultait comme conséquence directe et immédiate. D'après le § 10, Inst. IV, 3, lorsque l'esclave tué avait été institué héritier, mais n'avait pas encore accepté l'hérédité, l'action avait pour objet la perte de l'hérédité qu'entraînait la mort de l'esclave. Pareillement, d'après la L. 22, D. IX, 2, si un cheval qui faisait partie d'un quadrigé, a été tué, ce n'est pas le prix du cheval seulement, mais encore la moins value des autres chevaux qui déterminera la réparation. Enfin par la L. 33, D. IX, 2, la perte est définie : *quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimus*; mais il résulte de cette même loi, que, à la différence des actions de bonne foi, l'*actio ex lege Aquilia* n'admet pas que le prix d'affection soit pris en considéra-

tion, ni que le dommage se prouve par le *juramentum in litem*. Et cela s'applique aussi à la *condictio furtiva*, qui du reste comme action *stricti juris*, comprend le *damnum* qui est une conséquence directe du vol, mais non le prix d'affection (1).

Ainsi, règle générale : dans les actions *stricti juris* la réparation ne comprend que l'estimation de la chose et des accessions. Cependant la *condictio furtiva* et l'*actio ex lege Aquilia* font exception, en ce sens que le dommage qui est une conséquence directe de la perte de la chose, est aussi pris en considération, mais non le prix d'affection.

Quant aux *actiones arbitrariae*, actions en exhibition ou en restitution d'une chose, telles que la revendication, l'*actio ad exhibendum*, les interdits restitutoires, ces actions tenant une espèce de milieu entre les actions *stricti juris*, et celles *bonae fidei*, semblables à celles-là en ce qu'elles sont unilatérales, à celles-ci en ce qu'elles sont soumises à l'arbitrage du juge, suivent cependant plus particulièrement les règles des actions de bonne foi. La réparation varie donc suivant que le dommage, l'impossibilité de restituer, provienne du dol ou de la faute, en ce sens qu'au premier cas les dommages sont adjugés sur le *juramentum in litem*, et au second cas arbitrés par le juge sur les preuves fournies par le demandeur (2).

298. Lorsque la chose due a péri non fortuitement ou n'a pu être livrée par la faute du débiteur, les dommages et intérêts, dit Mühlebruch (§ 564), comprennent non seulement la valeur de la chose même avec ses accessoires, mais aussi : 1° Le dommage qui est la conséquence du fait ou de l'omission imputable au débiteur, dommage que cet auteur appelle *damnum indirectum*, avec une certaine hésitation qui n'est que trop justifiée : *damnum indirectum, quo quidem verbo liceat uti*; 2° le dommage qui consiste dans un profit non réalisé, *utilitas intercepta, lucrum cessans*. Cherchons dans les exemples qu'il donne, ce qu'il faut entendre par

(1) Voir L. 21, § 2, D. IX, 2; — L. 3, D. XIII, 1; — L. 80, § 1, D. XLVII, 2.

(2) L. 6, L. 46, L. 71, D. VI, 1. — L. 11, D. X, 4.

ce que lui et d'autres interprètes appellent *damnum indirectum*, et *lucrum cessans*.

On doit compter, dit cet auteur, parmi le dommage indirect : a) la moins value que la perte d'une chose a déterminée dans d'autres choses; ainsi la L. 22, D. IX, 2, fait entrer dans l'estimation du cheval appartenant à un quadriges, la moins value des autres chevaux; b) les vols et les pertes occasionnés par le vice de la chose, si toutefois le dommage est le résultat d'un dol, de la demeure, ou d'une faute imputable en vertu du contrat. L'auteur cite la L. 15, §§ 1, 2 et 3, D. XIX, 1, relative à la vente de choses affectées de vices cachés, et dans laquelle Ulpien pose en principe qu'en pareil cas il faut distinguer entre le vendeur qui a connu ces vices, et celui qui les a ignorés. S'il les a ignorés il n'est tenu qu'à réduire le prix *quanto minoris emptor emisset*; s'il les a connus, il répond de tout dommage qui a pu résulter de ces vices. Ainsi, supposez que des poutres d'un bois pourri que l'acheteur a mises dans sa construction, l'aient fait crouler, ou que du bétail malade ait répandu la contagion dans les étables de l'acheteur, le vendeur en portera toute la responsabilité. Supposez avec le § 1 de la L. 15, que le maître ait vendu son esclave qu'il connaissait pour fuyard, il sera tenu de la perte causée à l'acheteur dans les choses que l'esclave a enlevées et dans les esclaves qu'il a débauchés et entraînés dans sa fuite. Est compris aussi dans le dommage, tout ce que nous avons dû dépenser pour nous procurer la chose qui devait nous être livrée, la prestation qui devait nous être faite, ou la chose dont nous avons été privés par le fait imputable sur lequel est fondé la réparation. *Quaecunque erogare cogimur*, dit la L. 53, D. IX, 2.

Tels sont les exemples par lesquels Mühlenbruch cherche à expliquer ce qu'il faut entendre par *damnum indirectum*, dommage dont on est tenu, au-delà de l'estimation de la chose même et de ses accessions.

Cependant, ajoute-t-il (et ceci montre combien la terminologie qu'il admet, est vicieuse) pour qu'il y ait obligation de réparer de tels dommages indirects, il faut qu'il soit certain que ces dommages n'aient pas leur cause ailleurs que dans le fait imputable ou

dans l'inexécution de l'obligation; car dans les cas cités plus haut, la ruine des constructions, la contagion, la fuite des esclaves sont données comme conséquences certaines de l'exécution imparfaite des obligations du vendeur; et la même règle s'applique au *lucrum cessans*, qui pour être compensé doit également avoir pour cause unique et nécessaire l'inexécution de l'obligation.

Si le vendeur n'a pas été dans une impossibilité indépendante de sa volonté, de livrer la chose, dit la L. 21, § 3, D. XIX, 1, toute utilité qui se rattache à la chose même doit être prise en considération; donc si celui qui a acheté du vin, a pu réaliser des bénéfices en le vendant en détail, ces bénéfices n'entrent point en ligne de compte, puisque la réalisation de ces bénéfices aurait encore exigé, outre la livraison du vin, une certaine industrie de la part de l'acheteur, que par conséquent la privation de ces bénéfices n'a pas pour cause unique l'inexécution de l'obligation. Que pourra donc demander l'acheteur à titre de dommages-intérêts? Il pourra demander la plus value du vin au moment du jugement; car si le vin avait été livré, il est évident que par la seule possession de la marchandise, l'acheteur aurait joui de cette plus value. C'est ce que le texte exprime en disant : *nec major fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodiè pluris sit*; par conséquent si le vin a augmenté de prix, c'est son prix lors du prononcé du jugement que le créancier pourra réclamer. Si le prix avait été plus fort au moment du contrat et qu'en outre le vendeur eût été mis en demeure, ce serait le prix au moment du contrat que le créancier devrait obtenir, afin qu'il ne dépendit pas du débiteur de diminuer son obligation par un retard injuste : *si per venditorem vini*, dit la L. 3, § 3, D. XIX, 1, *mora fuerit quominus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore vinum pluris fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur*.

Il suit de là que le *lucrum cessans*, pour être pris en considération, doit se présenter comme la conséquence nécessaire de l'inexécution de l'obligation, imputable au débiteur. Et il en est de même, lorsqu'on examine bien la L. 21, du *damnum* que Mühlenbruch appelle *indirectum*; c'est pourquoi cette expression nous paraît mauvaise et illogique, car si le dommage pour être

réparé doit être un dommage nécessaire, il s'ensuit que par cela même il est direct et immédiat. Cela résulte formellement des textes déjà analysés, où le dommage se présente réellement comme conséquence nécessaire du défaut d'exécution; car la ruine des constructions est mentionnée, en fait, comme ayant pour unique cause les poutres vicieuses, et la perte du troupeau, comme n'ayant d'autre cause que la présence du bétail malade. Donc ces dommages sont la conséquence directe et nécessaire de l'exécution imparfaite de l'obligation. La L. 21 rend ceci encore plus clair dans l'exemple que voici : le froment que j'ai acheté ne m'a pas été livré, et il en est résulté que mes esclaves sont morts de faim; comme la perte des esclaves n'a pas pour cause unique le défaut de livraison, mais l'imprévoyance de l'acheteur qui aurait pu ailleurs acheter le nécessaire, cette perte, d'après la décision de Paul, n'entre pas en ligne de compte.

299. Pour résumer et compléter les règles qui gouvernent les dommages et intérêts dans les contrats de bonne foi, seules règles qui nous intéressent dans notre pratique actuelle, nous dirons :

1° Lorsque la réparation est fondée sur un fait ou sur une omission qui implique le dol, la demeure, ou une faute dont on est responsable en vertu du contrat, elle comprend tous les dommages et intérêts; c'est-à-dire a) tout le dommage qui n'est qu'une conséquence de l'exécution imparfaite du contrat, pourvu que cette conséquence ait pour cause unique cette exécution imparfaite et en soit partant une conséquence directe et nécessaire, et b) le *lucrum cessans*, pourvu que ce *lucrum cessans* ait aussi pour cause unique l'inexécution de l'obligation. La L. 21, D. XIX, 1, dit : *utilitas quae circa ipsam rem consistit*.

2° Lorsqu'elle n'a pas pour cause le dol, la faute, la demeure, mais l'obligation de la garantie, la réparation dans les contrats de bonne foi n'est pas aussi complète, mais il faut faire des distinctions.

La réparation du chef de vices cachés, lorsque le vendeur les a ignorés, lorsqu'il a été de bonne foi, ne comprend que la réduction du prix à concurrence de ce que l'acheteur aurait payé moins s'il les avait connus.

Dans la réparation fondée sur l'éviction, le vendeur, lors même qu'il a été de bonne foi, doit réparer tout le dommage que l'acheteur a souffert. *Venditor hominis*, dit la L. 8, D. XXI, 2, *emptori praestare debet quanti ejus interest hominem venditoris fuisse, quare sive partus ancillae, sive hereditas quam servus jussu emptoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto potest : et sicut obligatus est venditor ut praestet licere habere hominem quem vendidit, ita ea quoque, quae per eum adquiri potuerunt praestare debet emptori ut habeat.*

Si, dit la L. 45, D. XIX, 1, l'acheteur a fait instruire l'esclave, la somme dépensée à cet effet devra lui être restituée, car le vendeur, garant de l'éviction, doit non seulement restituer le prix, mais indemniser l'acheteur de toute perte. Cependant, ajoute ce texte, si la valeur de l'esclave était augmentée très-considérablement, comme au cas où l'esclave serait devenu acteur, il ne serait pas tenu compte de cette augmentation de valeur à laquelle les parties n'ont pu songer au moment de la vente. Ainsi il résulte de cette loi que bien que le vendeur doive rembourser à l'acheteur évincé tout le dommage qu'il a souffert, cependant le prix que la chose même peut avoir acquis depuis la vente, s'il est augmenté d'une manière extraordinaire et imprévue, peut être réduit, par le motif que le vendeur qui se porte tacitement garant de l'éviction n'a pas pu prévoir une augmentation de valeur aussi considérable. Toutefois remarquons bien que cette modification favorable au vendeur ne peut être admise que lorsqu'il est de bonne foi : *In omnibus his casibus*, dit la L. 45, § 1, D. XIX, 1, *si scitens quis alienum vendiderit, omnino teneri debet.*

3° Quant aux dommages-intérêts dus pour inexécution des obligations qui ont pour objet une somme d'argent, la loi, conséquente avec le principe que le dommage qui a pour cause unique la non-exécution de l'obligation est le seul qui doive être réparé, a statué que le montant des dommages et intérêts ne peut dépasser le taux des intérêts légaux (L. 19, D. XVIII, 6). Vainement le créancier prétendrait-il qu'il aurait pu réaliser d'autres bénéfices s'il avait été payé; il doit se contenter de la somme et des intérêts légaux à compter de la demeure; car ces prétendus bénéfices n'auraient pas

été réalisés par la somme seule qui lui aurait été payée, mais par l'industrie du créancier qui du reste aurait dû risquer cette somme dans des entreprises périlleuses. Toutefois ce principe qui en matières de dettes d'argent réduit les dommages et intérêts au taux de l'intérêt légal, rencontre lui-même une limite que la L. 2, § 8, D. XIII, 4, établit pour le cas où une certaine somme devrait être payée en un lieu déterminé, car en pareille circonstance toutes les pertes que le créancier a faites, tout le bénéfice dont il a été privé, lui seront dûs. A la L. 3, D. XIII, 4, Gaius en établit le motif en ces termes : *Pecuniarum licet videatur una et eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius, et levibus usuris inveniuntur, aliis difficilioribus, et gravibus usuris.*

500. Nous avons maintenant à examiner de quelle manière s'évaluent les dommages et intérêts, question pour la solution de laquelle il faut rechercher si l'évaluation se fait objectivement, c'est-à-dire abstraction faite de considérations purement personnelles, ou bien s'il faut considérer la valeur que la chose avait particulièrement pour la personne lésée, en d'autres mots si le prix d'affection est pris en considération.

L'évaluation du dommage n'est subjective que dans les actions de bonne foi, parce que ces actions, dont le jugement dépend en entier de l'arbitrage du juge, comprennent tous les dommages et intérêts indistinctement. Mais dans les actions *stricti juris*, comme par exemple dans l'*actio ex lege Aquilia*, l'évaluation subjective est formellement repoussée comme laissant trop de latitude à l'*arbitrium judicis*, ainsi que le prouve la L. 33, D. IX, 2, où nous lisons : *pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi.* C'est donc l'utilité ou valeur commune, objective, qui est prise en considération dans les actions *stricti juris*, et non pas l'*utilitas singulorum*, la valeur subjective, encore moins le prix d'affection; car ce qui est dit à la L. 33, loin d'être une exception, particulière à la loi *Aquilia*, est un trait commun à toutes les actions *stricti juris*, une conséquence de ce que la demande ou l'action doit être renfermée dans les limites sévères de la stipulation, du testament ou de la loi, et le jugement dans les limites de la demande.

D'autre part des textes nombreux et explicites nous montrent que dans les actions de bonne foi et dans les actions *arbitrariae*, il est tenu compte du prix d'affection. Telle est entr'autres la L. 54, D. XVII, 4. Si mon esclave donne mandat à un tiers à l'effet de l'acheter, dit cette loi, un tel mandat est nul. En effet l'esclave ne peut acquérir d'action pour lui; l'*actio mandati* serait donc acquise au maître qui étant propriétaire de l'esclave, aurait donné mandat pour acquérir ce qu'il a déjà. Donc le mandat est nécessairement nul et inutile. Mais si le mandat d'acheter a été donné avec la condition que le tiers acheteur affranchisse l'esclave, et que celui-ci ait été acheté par le tiers, mais n'ait pas été affranchi, le mandat sera-t-il valable? Oui; l'ancien maître de l'esclave, vendeur et mandant tout à la fois dans la personne de son esclave, aura l'*actio venditi*, dit notre texte, pour se faire payer le prix, et l'*actio mandati* à raison de l'intérêt d'affection qu'il a à ce que le mandat soit exécuté : *et affectus ratione agatur : finge filium naturalem vel fratrem esse*. Puis le texte ajoute : *placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis esse habendam*. En présence de ce texte, nous demandons si l'on peut admettre avec quelques auteurs que l'action soit fondée sur l'affection du mandant sans que, en cas d'inexécution de l'obligation, cet intérêt d'affection puisse être évalué? Mais ce serait laisser l'action sans aucune sanction. Le texte condamne d'ailleurs explicitement ce système par les mots qui le terminent : *Placuit enim prudentioribus....*

La même preuve résulte des L. 53, D. IV, 4; — L. 6 et L. 7, D. XVIII, 7; — et L. 56, D. XXXVII, 2.

Toutefois hâtons-nous d'ajouter que partout où dans les actions qui ne sont pas *stricti juris*, les lois font mention du prix d'affection, cette mention ne se rapporte qu'aux esclaves, et aux *loca religiosa*, aux propriétés foncières qui renferment les tombeaux des aïeux; et de là même il suit que de nos jours ces lois ne sauraient plus être d'aucune application. Dans notre droit on ne peut donc prendre pour règle les textes dont nous venons de nous occuper; on ne s'y arrête pas, comme dans les actions *stricti juris*, à l'évaluation objective, une, certaine et invariable, mais on a

égard, dans l'évaluation, à l'intérêt particulier de la partie lésée, et c'est le *quod actoris interest* qui règle l'étendue de la réparation. Il ne saurait cependant y être question d'un prix d'affection.

301. Pour évaluer le montant des dommages-intérêts, et notamment pour déterminer la valeur de la chose, il importe de déterminer le lieu dont le prix commun doit servir de règle. Or ce lieu est celui où doit se faire le paiement. C'est ce que nous nous bornerons à indiquer pour le moment, en renvoyant à un autre chapitre la détermination ultérieure de ce lieu (1). Toutefois quelques explications sur la L. 2, § 3, D. XIII, 4, trouvent ici leur place. Si un lieu est désigné pour faire le paiement, il est évident que ce sera d'après le prix que la chose aura en ce lieu, que se fera l'évaluation. Si deux lieux sont désignés alternativement, le débiteur pourra choisir le lieu du paiement. Mais s'il ne paie pas alors que la dette est exigible, si le créancier est en droit d'intenter son action, il doit en résulter nécessairement que par cela même ce sera lui aussi qui aura acquis le droit de désigner ce lieu, et que le choix du débiteur aura été perdu, car s'il en était autrement, si le créancier alors que la créance est devenue exigible n'avait pas le droit de choisir, il ne parviendrait pas à obtenir ce que lui est dû. Donc si le créancier a pu intenter légitimement son action, ce sera le lieu choisi par le créancier, et le prix que la chose aura en ce lieu, qui détermineront le montant des dommages et intérêts, auxquels sera condamné le débiteur.

S'il n'y a pas de lieu désigné pour l'exécution par le titre de la convention même, nous nous trouvons dans une des hypothèses dont l'examen est renvoyé au chapitre suivant : *De la Demeure*.

302. Dans l'évaluation des dommages et intérêts se présente aussi une question de temps, et cela sous un double rapport, car le prix de la chose peut varier entre le moment où la chose est due et celui où intervient le jugement, et l'état de la chose, eu égard à ses augmentations, accessions ou détériorations, peut également subir des changements; de telle sorte qu'il importe de déterminer à quelle époque il faut se rapporter pour établir le prix

(1) Voyez au chapitre suivant les n^{os} 307 et 309.

commun qui servira à l'appréciation, et à quelle époque pour déterminer l'état sous lequel la chose doit être évaluée.

Ici encore il faut distinguer les actions *stricti juris*, des actions *bonae fidei*; c'est le seul moyen de résoudre la question posée, comme nous pouvons le voir par la L. 3, § 2, D. XIII, 6. Dans l'action du commodat, dit ce texte, comme dans toutes les actions de bonne foi, le *juramentum in litem* est admis, et l'on s'en rapporte au temps de la condamnation pour établir la valeur de la chose, quoique dans les actions *stricti juris* l'estimation soit reportée au temps de la litiscontestation. Et cette distinction se trouve confirmée par la L. 36, § 4, D. V, 3, pour les actions arbitraires, assimilées aux actions de bonne foi. †

Cependant pour compléter la distinction entre les *judicia stricti juris* et les *judicia bonae fidei*, qui est fondamentale, il faut, quant aux premières, tenir compte des L. 4, D. XIII, 3; — L. 22, D. XII, 1; — L. 59, D. XLV, 1, et quant aux secondes de la L. 3, § 5, D. XIX, 1. La comparaison de ces divers textes nous fournit les deux règles que voici :

1° Il résulte des trois premiers textes comparés avec la L. 3, § 2, D. XIII, 6, que s'il est vrai que dans les *judicia stricti juris*, on doit s'en rapporter ordinairement au prix de la chose au moment de la litiscontestation, il faut cependant, si un terme est fixé pour l'exécution du contrat, s'arrêter au prix qu'a la chose au moment où échoit le terme, sans quoi le débiteur pourrait être tenu au-delà de ce qu'il a promis : *alioquin alias rei captio erit*, dit la L. 59, D. XLV, 1.

2° Il résulte du dernier texte, comparé avec la même L. 3, § 2, D. XIII, 6, que s'il est vrai que dans les *judicia bonae fidei*, le temps de la condamnation détermine le prix de la chose, le créancier peut cependant aussi, lorsque le débiteur est en demeure, faire déterminer le prix d'après la valeur que la chose avait au moment du contrat : *si per venditorem vini, dit la L. 3, § 5, D. XIX, 1, mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit vel quo lis in condemnationem deducitur*. Par conséquent dans les *judicia bonae fidei*, ni la litiscontestation, ni le terme n'influent sur l'esti-

mation, parce que l'objet de la demande est un *incertum*, une quantité que le juge doit déterminer; mais la demeure influe parce qu'il ne doit pas dépendre du débiteur de diminuer l'obligation par un retard calculé (1).

D'un autre côté dans les *judicia stricti juris*, la demeure n'est pas prise en considération pour l'estimation du dommage; car le créancier n'a aucun droit aux intérêts moratoires; la demande doit comprendre un *certum*, et est réduite à un *certum* : l'estimation objective de la chose, qui ne peut varier. La demeure, comme nous le verrons plus loin, influe bien sur les risques et périls, mais non sur l'estimation de la chose même. Si le voleur doit le plus haut prix depuis le vol jusqu'au jugement, c'est parce que le vol est continu (2), que l'obligation de restituer existe à chaque instant, que par conséquent le propriétaire ne peut frustrer l'autour ou le complice du vol, en choisissant pour l'estimation tel jour plutôt que tel autre.

303. Nous venons de résoudre la question de temps par rapport au prix de la chose, il nous reste à l'examiner par rapport à son état; car du moment où elle est due, jusqu'au jugement, elle est susceptible d'être augmentée par des accessions, comme aussi d'être diminuée par le hasard, ou d'être détériorée. Le créancier doit-il profiter des augmentations, ne pas souffrir des détériorations, telle est la question. Nous l'examinerons d'abord par rapport aux augmentations et aux accessions.

Dans les *judiciae bonae fidei* les fruits, accessions et augmenta-

(1) V. L. 3, § 3, et L. 21, § 3, D. XIX, 1. — MÜLLENBRUCH (§ 356) a tort de rapporter les dispositions concernant le terme (L. 22, D. XII, 1, et L. 59, D. XLV, 1) à toutes les obligations en général, même aux *judicia bonae fidei*; il a aussi tort de rapporter aux *judicia stricti juris*, la L. 3, § 3, D. XIX, 1, qu'il a d'ailleurs mal interprétée en disant qu'en cas de demeure le demandeur peut poursuivre le prix le plus élevé que la chose ait eue dès le moment de la demeure jusqu'au jugement; car la L. 3, § 3, dit : *Utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem venit*. Il ne s'agit donc pas de tout le temps entre les deux époques indiquées, mais d'un choix entre l'une et l'autre. — Comparez MABAT, *De la demeure* (en all.), p. 322.

(2) L. 9 et L. 50, D. XLVII, 2.

tions sont nécessairement dûs, parce que le demandeur a droit à tout l'intérêt : *id quod interest*.

Anciennement dans les *judicia stricti juris*, le demandeur n'avait pas droit aux fruits quoique le débiteur fût en demeure, principe qui à plus tard été modifié en ce sens, que si la demeure seule n'obligeait pas le débiteur à payer ou à restituer les fruits, la litiscontestation le soumettait à cette obligation (1). Ce fut en vertu d'une espèce de restitution, qui paraît avoir été admise dès le temps de Servius, et qui fut législativement consacrée par le SC^{te} d'Adrien, relatif à la pétition d'hérédité, que cet effet fut attaché à la litiscontestation. *In oratione divi Adriani esse*, dit la L. 40, D. V, 3, *ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petit, restituta esset hereditas*. Ainsi consacré pour les actions arbitraires, les jurisconsultes ont étendu le principe aux actions *stricti juris*, en disant que la chose doit être donnée telle qu'elle est demandée : *quale est cum petitur, tale dari debet*. C'est ce qui nous est rapporté dans le passage suivant de Papinien (L. 2, D. XXII, 1) : *vulgo receptum est* (mots qui annoncent que ce qui suit a été introduit de l'autorité des jurisconsultes), *ut, quamvis in personam actum sit* (le principe n'existait d'abord que pour la pétition d'hérédité et les actions revendicatoires en général), *post litem tamen contestatam causa praestetur : cujus opinionis ratio redditur, quoniam, quale est cum petitur, tale dari debet, ac propterea postea captos fructus partumque editum restitui oportet*. Les fruits et accessions sont donc dûs et sont évalués dans les *stricti juris judicia*, non pas que l'intérêt soit dû, comme dans les *judiciae bonae fidei*, ni à cause de la demeure, car par cela seul que l'intérêt est en dehors de ces *judicia*, la demeure est aussi

(1) V. L. 38, § 7, D. XXII, 1. — Remarquez que la demeure peut précéder la litiscontestation, attendu que l'*interpellatio* faite quand la dette est échue et peut être exigée, constitue la demeure; de même il peut y avoir litiscontestation sans qu'il y ait demeure, car on peut avoir de justes motifs pour refuser de livrer ou de restituer une chose; or, la demeure exige un retard injuste dans l'accomplissement de l'obligation. — Voir le chapitre suivant.

sans influence sur le montant de la condamnation, mais ils sont dûs en vertu du principe que nous trouvons aux L. 2 et 58, § 7, D. XXII, 1, à savoir que la chose doit être donnée telle que le demandeur l'aurait obtenue si le débiteur avait de suite fait droit à sa demande.

Il nous sera facile de concilier avec les L. 3, § 2, D. XIII, 6, et 22, D. XII, 1, sur le temps de l'estimation dans les *judicia stricti juris*, la L. 3, D. XIII, 5, sur la *condictio triticiaria*, qui paraît opposée aux deux premiers textes en ce qu'elle décide qu'il faut pour estimer la chose, s'en rapporter au temps du jugement, tandis que les premiers textes indiquent le temps de la litiscontestation.

Plusieurs jurisconsultes ont cherché à expliquer le second texte, en disant que la *condictio triticiaria* dans l'espèce de la L. 3, naissait d'un contrat de bonne foi, comme si cette *condictio* pouvait naître d'un tel contrat. D'autres, parmi lesquels est Cujas, ont dit qu'il fallait supposer que dans l'espèce de cette loi, il y avait demeure du débiteur, quoique le texte n'en dise mot. D'ailleurs la demeure est sans influence sur les *judicia stricti juris*, quand il s'agit de l'estimation ou de l'intérêt. Quelques-uns ont prétendu qu'il s'agissait dans ce texte de l'obligation d'une *species*, tandis que dans les autres textes il était question d'un *genus*. Mais cette dernière opinion pas plus que les précédentes ne peut se soutenir, et il n'y a aucun motif pour admettre cette distinction.

Rien cependant n'est plus facile que la conciliation de ces textes, si l'on veut rapprocher cette L. 3, D. XIII, 3, de la L. 2, D. XXII, 1; car eu égard aux accessions et fruits, ce n'est pas le temps de la litiscontestation qui doit régler l'estimation, c'est nécessairement le temps du jugement, puisque les fruits et accessions, s'ils ne sont restitués, doivent être estimés. Ce n'est qu'en rapprochant ainsi ce texte de la L. 2, D. XXII, 1, que la suite en devient intelligible, car la L. 3 continue en ces termes : si cependant la chose périt, c'est sur le temps de la perte que doit se régler l'estimation. Évidemment ceci ne peut se rapporter qu'aux fruits et accessions, car à partir de la perte de la chose, toute accession cesse.

Ainsi, bien qu'il demeure constant que la chose même s'estime d'après le prix qu'elle a au moment de la litiscontestation (1), cependant pour ce qui est des accessions, il est plus vrai de dire avec Ulpien (L. 3, D. XIII, 5), que c'est au temps de la condamnation qu'il faut se rapporter, et, si la chose péricule, au temps de la perte. *Verius est*, dit Ulpien, *quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum. Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus*. Remarquons ces expressions *verius est*, qui ne sont jamais absolues, et ne devaient pas ici se rapporter à la chose même, sans quoi des jurisconsultes postérieurs à Servius, et même Ulpien qui rapporte et approuve l'opinion de Servius, n'auraient pas pu décider, comme ils ont fait, que quant à l'extinction de la chose elle-même, c'est d'après son prix lors de la litiscontestation, qu'elle doit s'évaluer.

Pour ce qui est des détériorations que subit la chose, la même L. 3 décide que soit que la chose existe ou non au moment de la condamnation, s'il y a eu détérioration elle s'estimera d'après son prix ou son état au moment de la demeure. Cette décision est une conséquence directe de ce principe que l'effet de la faute et de la demeure est de perpétuer l'obligation (2), d'où il suit que tous les risques et périls de la chose sont pour le débiteur, qui ne saurait, ni pour les pertes ni pour les détériorations, invoquer la règle : *impossibilia nulla obligatio*.

304. Sur la question du temps auquel il faut se rapporter pour l'évaluation du dommage, la comparaison des textes conduit donc aux conclusions que voici :

1° Dans les *judicia bonae fidei*, soit qu'il s'agisse de l'estimation de la chose, soit qu'il s'agisse des accessions et fruits, on s'en rapporte à la valeur de la chose au moment de la condamnation, par le motif que dans ces *judicia*, c'est le *quod interest actoris* qui est l'objet de la condamnation. — Cependant si le débiteur a été constitué *in mora*, c'est-à-dire s'il n'a pas eu de justes motifs pour

(1) L. 3, § 8, D. XIII, 6. — L. 22, D. XII, 1. — L. 59, D. XLV, 1.

(2) L. 91, § 3, D. XLV, 1; — L. 24, D. XXII, 1.

engager le litige (1), le créancier peut, si la chose valait plus au moment du contrat, exiger la valeur qu'elle avait à cette époque, afin que l'exécution tardive ne profite pas au débiteur (2).

2° Dans les *judicia stricti juris* on s'en rapporte pour l'estimation de la chose au moment de la litiscontestation, parce que dans ces *judicia* le créancier ne peut obtenir ni plus ni moins que ce qu'il a demandé; or, si la chose était estimée à sa valeur au moment du jugement et que depuis la demande elle eût augmenté ou diminué de valeur, il obtiendrait plus ou moins (3). Par le même motif, si un terme a été fixé, la chose s'estime selon sa valeur à l'échéance du terme, parce que, dit la L. 59, D. XLV, 1, c'est au terme que le créancier a pu former sa demande, et qu'il ne doit pas dépendre de lui, en différant l'époque de la litiscontestation, d'obtenir du débiteur plus que celle-ci n'a promis : *tunc enim ab eo peti potest, alioquin alias rei captio erit*. Quant aux fruits et accessions, ils sont dûs dans les *judicia stricti juris*, non pas parce que le demandeur doit avoir le *quod interest*, non pas à cause de la demeure dans laquelle se trouve ordinairement le débiteur assigné, mais en vertu d'une restitution qui se fait *officio judicis*.

3° Enfin dans les *judicia bonae fidei*, comme dans les *judicia stricti juris*, la chose, par rapport aux détériorations, doit être restituée dans l'état où elle était au moment de la demeure, non détériorée par la faute du débiteur, parce que la demeure perpétue l'obligation, et met tout risque et péril à la charge du débiteur (L. 108, § 11, D. XXX).

Remarquons ici que les règles énoncées sous le 1° et le 3°, demeurent seules applicables dans le droit moderne. Mais il n'importe pas moins de connaître les règles énoncées 2°, sur le *strictum jus*, afin qu'on ne confonde pas des dispositions qui sont des conséquences de principes opposés.

303. Un dernier point à considérer pour la réparation du dom-

(1) Comp. L. 3, D. XXII, 1.

(2) L. 3, § 2, D. XVI, 3; — L. 3, § 3, et L. 21, § 3, D. XIX, 1.

(3) L. 22, D. XII, 1.

mage, est la cause même qui l'a amené. En effet en droit romain, dans les actions qui n'étaient pas *stricti juris*, le dommage, suivant qu'il avait sa cause dans un dol ou dans une faute du débiteur, était susceptible ou non d'être établi par le *juramentum in litem*.

Les règles auxquelles la prestation de ce serment était soumise, n'étant d'aucune application aujourd'hui, il y a peu d'utilité à les connaître et nous ne nous arrêterons pas à les exposer (1).

306. Le Code civil sanctionne, en ce qui concerne l'étendue des dommages-intérêts, le principe que le droit romain a admis dans les obligations de bonne foi, à savoir que les dommages et intérêts dus au créancier sont en général de la perte qu'il a faite, et du gain dont il a été privé (art. 1149). Cependant les dommages-intérêts n'y peuvent comprendre, même au cas où il y a eu dol, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention (art. 1133).

Les dispositions des art. 1149 et 1151, étant conformes aux principes du droit romain dans les actions de bonne foi, les textes relatifs à ces actions, que nous avons analysés aux n° 299 et 300, serviront donc à éclairer les principes posés par le Code et pourront être consultés avec fruit.

Mais l'article 1150 s'écarte du droit romain, car il généralise une disposition que ce droit a seulement admise pour les dommages et intérêts qui résultent de l'éviction lorsque le vendeur a été de bonne foi. Nous avons vu au n° 292 que lorsque la chose vendue a augmenté de valeur d'une manière extraordinaire et imprévue, ce prix qui entre dans les dommages-intérêts dus par le vendeur peut être réduit, parce que, dit la L. 43, D. XIX, 1, le vendeur qui se porte tacitement garant de l'éviction n'a pas pu prévoir une augmentation de valeur aussi considérable. Cette disposition, que le droit romain ne permettait nullement d'appliquer à un débiteur qui sans dol, mais à cause d'une faute dont il répond en vertu du contrat, serait passible de dommages-intérêts, l'art. 1150 la généralise en ces termes : « Le débiteur n'est tenu que des dom-

(1) On peut voir sur cette matière : DONELLI, *Comment. juris civilis*, Lib. XXXVI, c. 6-12; — DRUCKER, *Theorie des Verurtheilungseides* (Bamberg, 1806).

mages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée. » Ainsi étendue à tous les contrats, cette règle nous paraît de nature à jeter dans cette matière la confusion qu'on trouve dans Pothier à l'endroit où l'art. 1150 a été puisé (*Oblig.* 160 et 161). En effet, après y avoir énoncé le principe qui a passé dans l'art. 1150, il eite deux exemples, dont le premier se rapporte à un débiteur qui par sa faute n'a pas accompli son obligation, et le deuxième à la garantie. Tout ce que Pothier dit quant à celui-ci est parfaitement juste, parfaitement conforme au droit romain; mais quant au premier exemple que Pothier donne, si le débiteur qui aurait dû livrer un cheval, n'est pas tenu de la perte que l'acheteur a éprouvée par suite de ce qu'il n'a pas effectué le voyage projeté, le motif en est, non pas que cette perte n'était pas prévue par les parties ou ne pouvait l'être, mais que cette perte n'était pas une conséquence nécessaire de l'inexécution du contrat, l'acheteur ayant pu effectuer autrement le voyage projeté. La théorie du droit romain nous paraît donc préférable, comme plus claire et plus conséquente; aussi les commentateurs du Code sont loin d'entendre de la même manière les art. 1150 et 1151 (1).

Pour ce qui concerne le dommage résultant de vices cachés, l'art. 1644, conforme au droit romain, fixe la réparation, lorsque le vendeur a été de bonne foi, à la réduction du prix, au *quantum minoris emptor emisset*, en laissant à l'acheteur la faculté de répéter le prix contre restitution de la chose.

Quant aux dommages-intérêts pour inexécution de l'obligation dont l'objet est une somme d'argent, le Code à l'art. 1153 a encore sanctionné les dispositions du droit romain; les dommages-intérêts comprennent les intérêts légaux, qui viennent s'ajouter au capital, d'où il suit que les sommes stipulées à titre de dommages-intérêts dans ces obligations, pourraient, malgré l'art. 1152, être réduites comme usuraires, au cas où elles excéderaient sensible-

(1) On peut, pour s'en convaincre, comparer : TOULLIER, VI, 284; — DURANTON, X, 472; — MARCADE sur les art. 1150 et 1151.

ment le capital et l'intérêt légal, pourvu qu'il n'y eût dans la convention rien d'aléatoire.

Enfin quant au lieu de l'estimation et quant au temps, on suit les règles du droit romain pour les actions *bonae fidei*; et quant à la preuve des dommages-intérêts, dans aucun cas, même au cas de dol de la part du débiteur, le dommage ne saurait être établi par le *juramentum in litem*, comme il l'était en droit romain. Les dommages et intérêts doivent être prouvés par état, doivent être spécifiés, et ce n'est qu'au cas où il est impossible de statuer autrement, que le serment peut être déféré d'office par le juge, qui devra déterminer en même temps la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment. En droit romain il pouvait au contraire admettre ce dernier au serment *sine taxatione*, mais par la suite il fut admis que dans ce cas il pouvait aussi réduire l'estimation affirmée sous serment (1).

(1) Comp. L. 4, § 2, et L. 3, § 2, D. XII, 3.

CHAPITRE XXI.

DE LA DEMEURE.

Sommaire.

- 307. Plan de ce chapitre.
- 308. Quel est le lieu du paiement, au cas où le titre ne fait aucune mention de ce lieu?
- 309. Quels sont les droits du créancier lorsque le contrat a désigné un lieu pour l'exécution de la créance? — *Actio arbitraria de eo quod certo loco.*
- 310. Du cas où plusieurs lieux sont désignés, soit conjointement, soit alternativement.
- 311. Qu'entend-on par temps du paiement, et comment se détermine-t-il?
- 312. Notion de la demeure et causes de celle du débiteur, d'après Mühlenbruch.
- 313. De l'interpellation. — Ce qu'il faut examiner pour juger de sa validité?
- 314. Qui peut faire l'interpellation?
- 315. A qui peut-elle être faite?
- 316. A quelle époque?
- 317. En quel lieu?
- 318. En quoi consiste-t-elle? — La litiscontestation opère-t-elle demeure?
- 319. Quelles sont les circonstances qui rendent l'omission de payer excusable, alors même que l'interpellation existe avec toutes les conditions indiquées aux numéros qui précèdent?
- 320. De la demeure du créancier. — Elle exige : 1° Des offres de la part du débiteur, 2° leur non-acceptation de la part du créancier.
- 321. Des offres. — Par qui peuvent-elles être faites?
- 322. A qui doivent-elles l'être?
- 323. A quelle époque?
- 324. Dans quel lieu?
- 325. Des offres de paiement partiel sont-elles valables?
- 326. Les offres doivent-elles être suivies de la consignation ou du dépôt de la chose due?
- 327. De la non-acceptation des offres.

328. Dans quel cas le créancier peut être constitué en demeure sans que le débiteur ait fait des offres.
329. Effets de la demeure communs au créancier et au débiteur.
330. Effets particuliers au débiteur.
331. Suite. — De la règle *morat perpetuat obligationem*. — Erreur de Mühlenbruch.
332. Le débiteur en demeure, qui est tenu des risques et périls, peut-il exciper de ce que la chose eût également péri chez le créancier si elle lui avait été livrée? — Controverse.
333. Objet de la *condictio triticiaria*.
334. Effets de la demeure du créancier.
335. Suite. — On ne peut dire qu'en règle générale le débiteur ait le droit, lorsque le créancier est en demeure, d'abandonner la chose due; il peut exiger que le créancier l'indemnisé de ce que la garde de celle-ci lui a coûté.
336. Comment le débiteur purge-t-il sa demeure?
337. Comment le créancier la sienne?
338. Effets de la cessation de la demeure.
339. De la demeure simultanée, et de la demeure successive du créancier et du débiteur.
340. Des causes qui font non-seulement cesser la demeure, mais qui en font disparaître tous les effets tant pour le passé que pour l'avenir.
341. Questions controversées dans la théorie de la demeure. Causes de la controverse; nécessité d'admettre que le mot *mora* a dans les textes une double signification.
342. Signification naturelle du mot *mora*.
343. Sa signification juridique. Conditions et effets de la *mora* dans le sens technique ou juridique (demeure subjective selon Wolf).
344. Effets de la demeure dans le sens naturel du mot (simple retardement) :
- 1° Effets conventionnels : clause pénale, stipulation d'intérêts, clause commissaire;
 - 2° Effets résultant de la nature de quelques obligations et consistant en ce que l'estimation prend la place de la chose due primitivement;
 - 3° Effets résultant de l'équité;
 - 4° Effets que la loi attache au simple retardement, en faveur de certaines personnes;
 - 5° Effets de simple retardement en matière de louage et d'emphytéose.
345. Des cas d'omission qui, indépendamment de toute interpellation, constituent la demeure subjective, la demeure proprement dite.
346. La demeure sur interpellation est celle que les textes qualifient de *mora ex persona*; la simple omission est la *mora ex re*. C'est à tort

qu'on les confond pour les soumettre l'une et l'autre aux mêmes conditions, et leur attribuer les mêmes effets.

347. De là est née cette question controversée : si la demeure requiert faute, question qu'il faut résoudre affirmativement.
348. Controverse qui a surgi sur la question de savoir si la seule échéance du terme constitue le débiteur en demeure, c'est-à-dire si l'on peut admettre la règle *dies interpellat pro homine*.
349. Exposé et examen des arguments fournis de part et d'autre. — Argumentation de Neustetel contre la règle.
350. Réponse de Thibaut.
351. Argumentation de De Schroeter.
352. Mühlenbruch essaie de réfuter les arguments présentés par De Schroeter. — Ce qu'il y a de fondé dans ses objections.
353. Madai soumet la question à un nouvel examen; mais son argumentation n'est pas concluante.
354. Pour résoudre la question, il faut examiner :
 1° Si le débiteur est forcé de livrer la chose aux mains du créancier, ou s'il doit faire des offres;
 2° S'il ne faut pas, pour qu'il y ait demeure, que le débiteur ait connu l'existence de l'obligation.
355. Examen de la première question.
356. Examen de la seconde.
357. Résumé et conclusion : la règle *dies interpellat pro homine*, est étrangère à la législation romaine.
358. DE LA DEMEURE EN DROIT FRANÇAIS. Temps et lieu du paiement.
359. Notions et effets de la demeure du débiteur. Similitude entre le droit romain et le droit français.
360. De la demeure par interpellation ou sommation.
361. De la demeure en vertu de la convention des parties.
362. Effets du simple retard, lorsqu'après le *dies veniens* il n'y a pas en sommation, ni acte équivalent.
363. Comment se purge la demeure du débiteur.
364. De la demeure du créancier.

307. Dans l'ordre qu'il nous est imposé de suivre, il ne nous reste plus, pour terminer la partie générale des obligations, qu'à traiter de la demeure, tout ce qui concerne l'extinction des obligations formant une partie spéciale à la suite de la vente, du louage, du dépôt, etc.

Pour donner la théorie complète de la demeure, nous aurons d'abord à déterminer le lieu et le temps du paiement; puis nous verrons en quoi consiste la demeure, et quels effets elle produit pour le débiteur comme pour le créancier, et nous suivrons dans cette matière l'ordre tracé dans le manuel de Mühlenbruch, en montrant les points où sa théorie est vicieuse, pour faire ensuite des questions controversées l'objet d'un examen spécial.

308. Le lieu du paiement est celui où le créancier a le droit de l'exiger, où le débiteur a le droit de le faire, où le créancier en l'exigeant, et le débiteur en l'offrant peuvent réciproquement se constituer en demeure.

Pour déterminer ce lieu il faut distinguer deux cas : celui où le contrat ou le titre de l'obligation ne fait aucune mention de ce lieu, et celui où un lieu est désigné pour l'exécution. Nous nous occuperons d'abord du premier.

On a coutume d'invoquer ici la règle *nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est* (1), pour soutenir qu'à défaut de convention sur le lieu de l'exécution, ce lieu sera celui du contrat. Mais cette règle, prise dans un sens aussi général, n'est pas exacte, et il faut suivre les principes et distinctions qui suivent.

Pour les obligations d'un *facere*, il faut remarquer que lorsque le lieu de l'exécution n'est déterminé par les parties, ni explicitement, ni implicitement, l'obligation est nulle comme laissant trop de prise à l'arbitraire : telle serait l'obligation de construire une maison, sans aucune désignation de lieu (2). Lorsque le *facere* comprend des prestations personnelles, c'est le créancier qui peut choisir le lieu où l'obligation s'exécutera, mais les frais de transport tendant à l'exécution, seront à sa charge. Ainsi le louage d'ouvrages serait valable sans désignation de lieu; le *conductor operarum* le désignerait, et les ouvrages s'exécuteraient à ses frais (3).

S'agit-il de la restitution de choses déterminées, le lieu de la

(1) L. 35, D. L. 17.

(2) L. 2, § 5, D. XIII, 4.

(3) L. 21, D. XXXVIII, 1.

restitution sera celui où la chose se trouve sans dol de la part de l'obligé. Il en est de même dans le cas de revendication; la chose doit être restituée là où elle se trouve au moment de la litiscontestation, et ce ne sera qu'à ses frais que le demandeur pourra réclamer le paiement en un autre lieu (1).

S'agit-il de livrer, de donner, il faut distinguer entre les choses génériques ou fongibles, et les corps certains, *species*. Dans les obligations d'un genre, ou de choses fongibles, les parties sont censées s'en référer pour le paiement au lieu de la convention, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte des circonstances (2); et s'il résultait des circonstances que l'obligation ne dût pas s'exécuter en ce lieu, sans qu'aucun autre lieu fût désigné, les offres et la demande pourraient être faites partout, de manière à provoquer les effets de la demeure, pourvu que le lieu ne fût pas inopportun. Dans l'obligation d'une *species*, celle-ci devra être payée là où elle se trouve sans dol du débiteur, comme au cas où il s'agit de la restitution d'une chose déterminée.

309. Lorsque le lieu du paiement est désigné dans le titre, le débiteur ne saurait faire ailleurs des offres de paiement valables. Mais il en est autrement du créancier, car si le débiteur ne pouvait être rencontré au lieu désigné, et que dans ce lieu il n'eût pas de demeure, sa poursuite deviendrait impossible si elle ne pouvait se faire dans un autre lieu. C'est pourquoi, dans les *judicia bonae fidei*, toutes les fois qu'un lieu est déterminé, le créancier peut, si la dette est échue, poursuivre le paiement au lieu du domicile du débiteur; mais le débiteur ne pourra en souffrir, et le juge aura égard à la valeur qu'à la chose au lieu désigné par le titre (3). Le juge tient ce droit du caractère même de ces *judicia*, qui est d'avoir pour objet le *quod actoris interest*, c'est-à-dire un *incertum*, que l'arbitrage du juge fixe par le jugement (4).

(1) L. 12, § 1, D. XVI, 3. — L. 10, L. 11, L. 12, D. VI, 1.

(2) V. BETHMAN-HOLLWEG, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses*. Berlin, 1827, p. 50. — L. 2, § 4; L. 19, § 1, 2, 4; L. 20, D. V, 1; — L. 2, C. III, 13.

(3) L. 2, D. XIII, 4; — L. 19, § 4, D. V, 1.

(4) L. 5, D. XIII, 6; — L. 3, § 4, D. XIX, 1.

Mais il ne pouvait en être aussi dans les *judicia stricti juris*; là une demande intentée ailleurs qu'au lieu désigné, renfermait une *plus petitio*, et éteignait le droit même; jamais on n'y recourait à l'*arbitrium judicis*. La nécessité de lever l'obstacle que le *strictum jus* opposait, dans de telles circonstances, au droit du créancier, fit introduire une action spéciale. Quand l'obligation était *stricti juris* et que le paiement devait se faire en un lieu désigné, le prêteur donnait au demandeur, au lieu de la *condictio*, qui était *stricti juris* et ne pouvait s'intenter qu'au lieu désigné, une *actio utilis* dont la nature était *arbitraria*. Cette action, qui est l'objet du livre XIII, titre 4, du Digeste, s'appelait *actio de eo quod certo loco dari promissum est*. Ainsi le créancier intentait, ou bien l'*actio stricti juris* au lieu désigné, ou bien l'*actio de eo quod certo loco* au domicile du défendeur.

Dans les *judicia bonae fidei*, cette action *arbitraria* n'était pas nécessaire, car le prêteur n'avait pas besoin d'introduire un *arbitrium* là où l'*arbitrium* était de l'essence de l'action (1). Nous pensons même, avec M. Bethmann-Hollweg, que par la suite, lorsque la stipulation d'un *facere* devint obligatoire sans clause pénale et qu'une *condictio incerti*, tendant aux dommages-intérêts, se donna au créancier d'un *facere*, l'action *de eo quod certo loco* devint également inutile en pareil cas; c'est pourquoi dans la législation de Justinien l'*actio arbitraria de eo quod certo loco* est l'action qu'un créancier intente en un autre lieu que celui désigné par le titre, en place d'une *condictio certi*, *certae pecuniae*; car lorsque l'action primitive était *bonae fidei* ou était une *condictio incerti*, l'*actio arbitraria* était inutile, et l'on exerçait l'action du contrat, soit l'*actio depositi*, soit l'*actio emti*, soit la *condictio incerti* (2).

Du reste, quelle que soit l'action que le créancier intente au lieu du domicile du défendeur, au cas où l'exécution doit se faire en un lieu désigné, la désignation du lieu, alors même que la stipulation est pure et simple, implique toujours le terme nécessaire

(1) L. 7, D. XIII, 4.

(2) L. 5, D. XIII, 6; — L. 3, § 4, D. XIX, 1; — L. 43, D. V, 1.

aux parties pour se rendre en ce lieu, et avant l'échéance de ce terme aucune action ne pourrait être intentée.

310. Si plusieurs lieux sont désignés conjointement, dit la L. 2, § 4, D. XIII, 4, le paiement se fera partie dans un lieu, partie dans l'autre, d'où il suit que si le créancier poursuit le paiement au domicile du débiteur, le juge aura égard à l'un et à l'autre pour fixer l'estimation de la chose.

Si deux lieux sont désignés alternativement, le créancier pourra choisir le lieu où il formera sa demande : *petitorem electionem habere ubi petat*, dit la L. 2, § 5, D. XIII, 4; et le débiteur pourra choisir le lieu où il paiera : *reum, ubi solvat*. Toutefois, le débiteur n'a ce choix que jusqu'à la demande, ajoute le texte, il ne l'a qu'à la condition qu'il ne se laisse pas prévenir par la demande justement intentée du créancier. Il s'ensuit que si dans des lieux différents, désignés alternativement, devaient aussi se payer des choses différentes, s'il y avait *mixta rerum alternatio locorum alternationi*, comme dit la loi citée, par exemple s'il y avait promesse de payer, soit dix à Éphèse, soit un esclave à Capoue, le créancier aurait toujours, tant qu'il ne serait pas prévenu par les offres valablement faites du débiteur, le choix du lieu, et ce choix entraînerait, comme le décide la même loi, le choix de l'objet dû. Le motif est que si le choix était irrévocablement réservé au débiteur, le créancier ne parviendrait pas à se faire payer, puisque le débiteur pourrait le renvoyer sans cesse d'un lieu à l'autre.

311. Le temps du paiement est celui où le débiteur peut valablement faire le paiement ou des offres de paiement, où le créancier est en droit d'intenter son action. Le temps est déterminé ou par le titre, ou par la nature et le but de la prestation, ou par la loi, ou par le juge.

L'obligation à terme ne peut être payée, et l'exécution n'en peut être demandée que lorsque le terme est entièrement écoulé, c'est-à-dire que celui qui a promis de payer dans l'année, dans le mois, ne peut être poursuivi qu'après le mois, ou l'année entièrement expirée, et que, si le terme n'est pas ajouté dans son intérêt, comme il peut arriver par exception, il ne saurait faire valablement des offres de paiement, avant son expiration.

L'obligation conditionnelle ne peut être payée et l'exécution demandée valablement que lorsque la condition est accomplie; et si l'obligation est à la fois conditionnelle et à terme, il faut qu'avec l'accomplissement de la condition, le terme soit expiré.

Enfin l'obligation pure et simple, sans terme, sans condition, peut être payée et l'exécution peut en être demandée sans retard et à tout moment, excepté :

1° Au cas où la prestation exige par sa nature un certain terme, comme par exemple lorsqu'un lieu est déterminé pour le paiement, clause qui implique, comme terme, au moins le temps nécessaire pour se rendre au lieu désigné (1);

2° Lorsque la prestation consiste en un travail qui ne peut se faire en tout temps;

3° Lorsque la loi fixe un certain terme : tels sont les termes fixés pour la restitution de la dot (2); tel est encore le délai de deux mois laissé à tout condamné pour payer le *judicatum*;

4° Au cas où le juge peut accorder un délai modéré : *modicum tempus*.

En règle générale, cette faculté n'appartient pas au juge; cependant le délai modique est censé tacitement accordé à la partie qui, ayant compromis devant arbitres, a été condamnée par jugement arbitral. Pareillement, le juge peut encore accorder un *modicum tempus*, qui ne peut être de moins de dix jours, à celui qui par constitut a promis de payer sa propre dette ou la dette d'autrui, quoiqu'il ait promis purement et simplement; car dans tout constitut le délai est tacitement stipulé entre parties, sans quoi celui qui fait le constitut, au lieu de se constituer débiteur, paierait au comptant (3).

Enfin il est à remarquer que pour pouvoir exiger le paiement d'une obligation même pure et simple, il faut dans tous les cas un débiteur déterminé auquel on puisse s'adresser; ainsi, même les legs purs et simples ne peuvent être demandés que lorsque l'héritier a accepté la succession, et que par cette acceptation il se soit

(1) L. 3, § 6, D. XIII, 4.

(2) L. 31, § 2, C. V, 12; — L. 1, § 7, C. V, 13.

(3) L. 21, § 1, D. XIII, 5.

établi comme par un contrat, *quasi contractu*, un lien obligatoire entre le légataire et l'héritier grevé.

Ces préliminaires posés, nous passons à la notion de la demeure et à l'étude de ses causes et de ses effets.

312. *Moram vocamus injustam restitutionis solutionisve aut faciendae aut accipuendae cessationem*, dit Mühlenbruch, la demeure, selon lui, dans le sens général du mot (car dans la suite il distingue une *mora ex re* et une *mora ex personá*), est donc l'omission injuste de faire ou de recevoir un paiement (1). De là une première division en demeure du débiteur, et demeure du créancier.

L'omission doit être injuste, c'est-à-dire qu'il faut : 1° Que le temps du paiement soit arrivé; 2° que le débiteur sache qu'il doit; car s'il avait de justes raisons de croire qu'il ne doit pas ou d'en douter sérieusement, il ne saurait se trouver en demeure (2); 3° que l'omission soit imputable, car si le créancier est mort et qu'au moment où la dette échoit, la succession ne soit pas acceptée, qu'ainsi le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire des offres de paiement, la demeure sera *inculcata*, non imputable. Il en est de même lorsque le créancier est absent, ou est un pupille qui n'a pas de tuteur (3), ou lorsque le débiteur est absent pour affaires publiques, et n'a pas constitué de procureur, ou lorsque le débiteur, sans refuser le paiement, déclare qu'il veut le faire en présence de témoins, ou lorsqu'il requiert des cautions (4).

La *mora*, telle qu'elle vient d'être définie, ou consiste dans le seul fait de l'omission ou du retard injuste, *mora ex re*, ou bien présuppose l'interpellation. En règle générale, dit Mühlenbruch, le créancier doit, avant d'intenter son action, faire une sommation ou interpellation au débiteur; mais il y a des cas où, indépendamment de tout fait du créancier, l'omission de payer suffit à elle seule pour constituer la demeure : c'est ce qu'on appelle la *mora ex re*, qui a lieu suivant Mühlenbruch dans les cas suivants :

(1) MÜHLENBRUCH, *Doctr. Pand.*, § 371.

(2) L. 15, D. XII, 1.

(3) L. 17, § 3, D. XXII, 1.

(4) L. 17, § 3; L. 21, L. 23, D. XXII, 1. — Voir plus loin le n° 319.

1° Toutes les fois qu'il y a obligation de restituer une chose que l'on possède *delicto*, ou que l'on possède de mauvaise foi.

Cet auteur admet donc que tout possesseur de mauvaise foi est en demeure, sans distinguer si la mauvaise foi remonte à l'origine de sa possession, ou non, distinction que réclament cependant les textes, comme nous le verrons plus loin (1).

2° Il y a *mora* si le débiteur absent ne peut être sommé ni interpellé par le créancier qui manifeste cette intention, à moins que le débiteur ne soit absent pour affaires publiques, sans avoir pu se constituer de mandataire (2).

Ainsi lorsque le débiteur est absent, le créancier qui prouvera qu'il a voulu sommer le débiteur, et qu'il n'a trouvé personne qui fût chargé de le représenter, aura par cela même constitué ce débiteur en demeure, comme si la sommation avait été faite (3).

3° Il y a, selon le même auteur, une demeure *ex re*, par la seule échéance du terme, lorsque l'obligation est à terme, en vertu de la règle : *dies interpellat pro homine*.

Nous verrons plus loin que cette règle est l'objet d'une vive controverse, et nous exposerons les raisons qui nous font rejeter l'opinion d'après laquelle l'échéance du terme vaudrait sommation, et suffirait pour constituer le débiteur en demeure (4).

4° Il y a une *mora ex re* en faveur de l'affranchissement.

L'esclave qui doit être affranchi en vertu d'un testament, est en quelque sorte *statu liber*; il peut demander lui-même son affranchissement (5); il suffit même qu'il l'ait demandé pour qu'il soit considéré comme libre. Même si la femme esclave qui devait être affranchie, est devenue mère entre le *dies veniens*, c'est-à-dire le jour où la liberté eût pu être demandée, et celui où elle a été affranchie, l'héritier devra livrer l'enfant à sa mère, pour que celle-ci l'affranchisse. En effet, disait-on, si la liberté avait été

(1) Au numéro 330.

(2) L. 23, D. XXII, 1.

(3) L. 2, D. XXII, 2.

(4) V. les numéros 348 à 357.

(5) L. 51, D. XL, 5.

donnée à l'instant où elle pouvait être demandée, l'enfant serait né libre.

5° Une *mora ex re* est pareillement admise en faveur des corporations pieuses quand il s'agit de legs et de fidéicommiss. Pour que ces institutions n'eussent pas à souffrir des délais, qu'auraient pu mettre les héritiers à accepter les successions, Justinien décida que quiconque aurait été grevé par le testateur d'un legs au profit d'une corporation pieuse, serait censé *ipso jure* en demeure de payer ce legs, à partir du jour du décès et dès avant toute sommation ou interpellation. — Toutefois il est utile de remarquer, que cette demeure n'a d'autre effet que d'obliger le grevé à payer les intérêts et à donner les fruits avec la chose même, à partir du jour du décès (1).

6° Enfin il y a dans quelques cas spéciaux une *mora ex re*, obligeant également le débiteur à payer les intérêts avant toute sommation, à partir du moment où la chose aurait pu être demandée. Ainsi au cas de vente, à partir de la tradition, c'est-à-dire, à partir du moment où le prix aurait pu être demandé, l'acheteur doit le prix avec les intérêts : *cum emptor re fruatur*, dit la L. 15, § 20, D. XIX, 1, *aequissimum est eum usuras pretii pendere*. Ainsi encore il y a *mora ex re* au profit des mineurs, en ce sens que toutes leurs créances qui ont leur cause dans un *negotium bonae fidei*, soit contrat *juris gentium*, soit fidéicommiss, soit legs, à cause de l'assimilation des legs aux fidéicommiss, produisent intérêt à partir du *dies veniens*, à partir du moment où la créance eût pu être poursuivie, quand même il n'y aurait eu ni sommation ni poursuite (2).

Tel est le système de Mühlenbruch sur les causes de la demeure du débiteur; nous ne le donnons ici que sous toutes réserves, nous proposant d'en montrer, dans la suite de ce chapitre, les lacunes et les erreurs.

315. L'interpellation est une sommation de payer faite au débiteur par le créancier ou par son représentant.

(1) L. 46, § 4, C. I, 3.

(2) V. l. 87, § 1, D. XXXI; — L. 2, C. II, 41.

A la L. 32, D. XXII, 1, le juriseonsulte Marcien résume toutes les conditions de cette sommation en ces mots : *opportuno loco*; mais quelles sont ces conditions? C'est ce que Pomponius, au rapport de Marcien, trouve difficile à établir d'une manière générale. Pour résoudre la question nous examinerons :

- 1° Qui peut faire la sommation;
- 2° A qui elle doit être faite;
- 3° Quand elle doit l'être;
- 4° En quel lieu;
- 5° Enfin comment elle se fait judiciairement ou extrajudiciairement.

314. Celui-là seul peut faire la sommation, qui a qualité pour recevoir le paiement, et qui peut établir cette qualité devant le débiteur.

Ainsi le dépositaire qui s'est refusé à restituer la chose à l'héritier, ou au mandataire du déposant, parce qu'il ne les connaissait pas, est parfaitement dans son droit, et ne pourrait être considéré comme étant constitué en demeure (1).

Le *negotiorum gestor* n'ayant pas le droit de poursuivre le remboursement des créances qui ne sont pas nées de sa gestion (2), ne saurait constituer les débiteurs en demeure, ni faire de sommation valable. C'est donc par rapport aux créances qui sont fondées sur sa propre gestion, qu'il a contractées en son nom pour en faire cession à l'absent, que la L. 24, § 2, D. XXII, 1, dit que par la sommation du gérant il peut y avoir demeure.

Enfin remarquons que le créancier lui-même, s'il est incapable de recevoir un paiement, ne saurait faire de sommation valable. Un pupille, un interdit sont dans ce cas; leurs débiteurs ne peuvent être interpellés valablement que par les tuteurs et les curateurs.

315. La sommation, pour être valable, doit s'adresser au débiteur capable d'aliéner, de faire un paiement. Donc si celui-ci est pupille ou interdit, la sommation doit être faite au tuteur ou au

(1) V. L. 13, D. XVI, 3; — L. 24, § 2, D. XXI, 1.

(2) L. 6, § *ult.*, D. III, 5.

curateur; et le pupille sans tuteur, le furieux sans curateur ne sauraient être constitués en demeure (1).

On n'est pas d'accord sur la question de savoir si le débiteur peut être constitué en demeure par la sommation faite à son mandataire. Madai (2) considère la sommation comme valable, si elle a été faite au mandataire au su du débiteur. Mais c'est là une erreur; la L. 25, D. XXII, 1, prouve que la sommation n'est valable que lorsqu'elle est faite à un *procurator*, qui est chargé de représenter le débiteur en justice (3). Hors ce cas la sommation faite au procureur est insuffisante, quand même elle aurait été portée à la connaissance du débiteur, car il ne suffit pas que la sommation parvienne à la connaissance du débiteur, il faut encore qu'il l'apprenne dans un moment, dans un lieu et dans des circonstances telles, que l'exécution de l'obligation ne lui soit pas impossible (4).

316. L'interpellation, pour constituer le débiteur en demeure, ne peut être faite avant l'échéance du terme, si la stipulation est à terme. Celui qui doit un esclave à terme, dit la L. 49, § 3, D. XLV, 1, ne supporte pas le risque s'il est interpellé avant le terme et que l'esclave vienne à mourir avant sa livraison.

Plus loin, cette décision nous fournira un puissant argument dans l'examen de la règle : *dies interpellat pro homine*.

317. Si la sommation n'avait pour but, comme quelques-uns l'enseignent, que d'avertir le débiteur de l'échéance de la dette, le lieu de la sommation devrait être indifférent, mais la L. 52, D. XXII, 1, veut qu'elle soit faite *opportuno loco*, et ce lieu ne peut être autre que celui où le débiteur peut être poursuivi, d'après les règles données ci-dessus (5).

Si un lieu certain est désigné pour le paiement, le débiteur, nous l'avons vu, peut être poursuivi, soit en ce lieu, soit au lieu de son domicile, au choix du créancier. En ce dernier lieu, le

(1) L. 24, D. XLV, 1; — L. 5, § 20, D. XXXVI, 4.

(2) V. VON MADAI, *Die Lehre von der Mora* (Halle, 1837), p. 53 et 58.

(3) V. L. 8, § 3, D. III, 3.

(4) Comp. L. 32, § 1, D. XXII, 1.

(5) Voir plus haut, n° 308 à 310.

créancier demandera la valeur que la chose avait au lieu désigné; il ne saurait prétendre quelque chose au-delà sans avoir constitué le débiteur en demeure, c'est-à-dire sans avoir fait la sommation de livrer, au lieu même désigné pour le paiement. Que si l'on objectait que le débiteur peut rendre la sommation impossible en ne se rendant pas sur les lieux, nous répondrions que d'après la L. 2, D. XXII, 2, il suffit que le créancier fasse constater sur les lieux l'impossibilité où il se trouve de rencontrer le débiteur, pour que la sommation soit censée faite.

Si en général le créancier peut, après l'échéance du terme, poursuivre l'estimation de la chose, au domicile du débiteur, il perd cependant ce droit lorsque le débiteur prouve qu'il a fait transporter en temps opportun la chose au lieu désigné par le contrat, et qu'il y a fait des offres ou qu'il n'y a pas rencontré le créancier. Dans ce cas, si le débiteur était poursuivi ailleurs, le juge le renverrait de la demande, en lui faisant promettre de payer au lieu désigné : *cautione ab eo exacta*, dit la L. 4, § 1, D. XIII, 4, de *pecunia ibi solvenda, ubi promissa est*.

318. La sommation peut être judiciaire ou extrajudiciaire; elle consiste dans tout acte qui soit de nature à faire connaître au débiteur la volonté qu'a le créancier d'être payé. Ainsi il peut y avoir demeure avant que l'action ait été intentée, et par conséquent une sommation extrajudiciaire suffit pour constituer le débiteur en demeure (1).

Cependant Mühlenbruch fait ici une distinction : dans les *stricti juris negotia* la demeure ne s'établirait, selon lui, que par la litiscontestation. Mais, ainsi que le fait remarquer Madaï, c'est précisément dans l'*actio ex stipulatu* que la L. 58, § 7, D. XXII, 1, suppose l'existence de la demeure avant le *judicium acceptum*, avant la litiscontestation. D'un autre côté la L. 4, D. XIII, 3, que Mühlenbruch invoque, prouve seulement que dans les *judicia stricti juris*, la chose s'estime selon le prix qu'elle a au moment de la litiscontestation, d'où il ne résulte pas que la litiscontestation seule établisse la demeure (2).

(1) L. 38, § 7, D. XXII, 1.

(2) Voir encore L. 23 et L. 24, D. XLV, 1.

319. Lors même que l'interpellation existe avec les conditions indiquées aux numéros qui précèdent, il y a des circonstances qui rendent l'omission de payer excusable.

1° Le retardement non imputable au débiteur ne lui nuit pas, en règle générale. Nous disons en règle générale; en effet nous avons vu plus haut, n° 312, que la loi oblige le débiteur à payer les fruits et intérêts avant toute sommation, dès le moment où l'action eût pu être intentée, si le créancier est une corporation pieuse ou un mineur, car dans ces cas on n'examine pas si le débiteur est en faute ou non. Mais, sauf cette exception, il n'y a pas de demeure lorsque le débiteur ne peut trouver le créancier pour lui payer (1). Il n'y en a pas non plus lorsqu'il est dans une impossibilité absolue d'exécuter l'obligation (2). Mais un empêchement qui ne serait que relatif, qui ne serait que personnel au débiteur, comme par exemple de n'avoir pu se procurer du numéraire, lui serait imputable et n'empêcherait pas l'existence de la demeure, si d'ailleurs les conditions ci-dessus énumérées ne fesaient point défaut (3).

C'est à tort qu'on a voulu induire de la L. 137, D. XLV, 1, qu'il pourrait y avoir demeure alors même que l'omission ne serait pas imputable. Le raisonnement qu'on a fait est celui-ci : si le débiteur n'a pu trouver de numéraire, dit-on, il est cependant, d'après la L. 137, passible des effets de la demeure, et il s'ensuit, que c'est sans fondement que des auteurs requièrent la *culpa* comme condition de la demeure. — Nous montrerons plus loin que la demeure suppose toujours faute, mais nous pouvons répondre dès maintenant que si la L. 137 rend le débiteur passible de la demeure, c'est précisément parce qu'elle établit que l'omission est imputable, et que l'empêchement n'est pas un *impedimentum naturale* que la loi appelle *impedimentum stipulatoris*, mais un empêchement relatif, un empêchement *ad incommodum promissoris pertinens*. Au fond cette loi prouve donc qu'il n'y a pas de demeure lorsque l'omission n'est pas imputable, tandis qu'il y a demeure toutes les fois qu'elle résulte d'une faute.

(1) L. 23, D. IV, 8.

(2) L. 2, D. II, 11.

(3) L. 137, § 4, D. XLV, 1.

2° Il n'y a pas de demeure lorsque le débiteur retarde le paiement, désirant qu'il se fasse devant témoins ou que le créancier lui donne caution, si toutefois le débiteur recourt à ces précautions sans mauvaise foi, sans qu'il s'en fasse un prétexte pour obtenir des délais forcés : *et hic moram fecisse videtur qui litigare maluit quam restituere* (1).

Ainsi dans le dépôt d'un objet qui ne peut se restituer divisément, et au cas où un seul déposant laisse plusieurs héritiers, le depositaire pourra exiger de l'héritier qui voudrait réclamer seul le dépôt, qu'il lui donne caution que les autres intéressés ne le rechercheront pas du même chef (2); et le refus du depositaire qui n'aurait pas obtenu cette sûreté, ne saurait lui être imputé, ne saurait entraîner la demeure.

3° La sommation ne saurait non plus constituer le débiteur en demeure lorsque celui-ci peut opposer une exception valide (3), ou lorsque la prétention du créancier n'est pas liquide, soit que le montant n'en soit pas déterminé et puisse être débattu, soit que le fondement en paraisse incertain : *qui sine dolo malo ad judicium provocavit, non videtur moram fecisse*, dit la L. 63, D. L., 17. Il y a demeure avant la litiscontestation, par l'effet de la sommation, lorsque le débiteur n'a aucun juste motif de refuser le paiement. Que si quelque motif existe, comme lorsque le possesseur a un titre et se croit lui-même propriétaire, la litiscontestation même ne le constituera pas en demeure; car si à partir de la litiscontestation le possesseur doit les fruits de la chose, ce n'est pas, parce qu'il est en demeure, c'est parce que, à cause de la restitution éventuelle dont il assume l'obligation par le quasi-contrat de la litiscontestation, il est tenu de la *culpa* et de la *diligentia*. Du reste la question de savoir si dans les contrats le défendeur a de justes motifs ou non, d'engager l'instance, est une question de fait, une question que le juge seul pourra résoudre.

320. De même que le créancier est en droit d'exiger du débi-

(1) L. 21 et 22, D. XXII, 1; — L. 82, D. XLV, 1.

(2) L. 1, § 36, et L. 14, D. XVI, 3.

(3) L. 54, D. II, 14.

teur le paiement de la dette, ainsi le débiteur a le droit d'exiger du créancier sa libération moyennant paiement. Sur la première considération est fondée la demeure du débiteur, sur la seconde, celle du créancier.

En règle générale pour que le créancier soit constitué en demeure, il faut :

- 1° Des offres de la part du débiteur;
- 2° Non-acceptation de la part du créancier.

Nous traiterons d'abord des offres, ensuite de la non-acceptation.

321. Les offres sont au créancier ce que l'interpellation est au débiteur. Par l'interpellation le créancier déclare qu'il veut être payé, qu'il est prêt à recevoir; par les offres le débiteur annonce au créancier qu'il est prêt à faire le paiement, qu'il veut être libéré.

Pour faire des offres qui constituent le créancier en demeure, il faut avoir la capacité d'aliéner. Donc celui qui ne peut aliéner que sur décret du magistrat, doit préalablement avoir obtenu ce décret. De plus le pupille doit faire les offres, *tutore auctore*.

Mais dès que cette capacité existe, non seulement le débiteur lui-même, mais toute tierce personne peut, en règle générale, faire des offres et constituer le créancier en demeure; car le tiers peut régulièrement faire un paiement valable, excepté au cas où l'objet de l'obligation consiste en prestations qui ont un caractère personnel, comme dans l'*operarum praestatio*, dans le paiement du canon en matière d'emphytéose, etc. Hors ces cas le créancier n'est ni intéressé ni fondé à refuser le paiement qui lui est fait par un tiers; donc les offres de ce tiers le constituent en demeure. Nous disons les offres d'un tiers, sans en excepter même les femmes, car le sénatusconsulte Vellejen les protège bien quand elles s'obligent pour des tiers, mais non quand elles acquittent les obligations contractées par des tiers, sans avoir été obligées elles-mêmes. Le sénatusconsulte ne défend pas à la femme de payer pour autrui, ni de déléguer son propre débiteur, parce que dans ces cas elle ne s'oblige pas; il lui défend de promettre, de payer ou de délé-

guer quelqu'un qui ne soit pas son débiteur, parce que dans ces cas elle s'obligerait (1).

322. En général on peut dire que les offres doivent être faites à celui qui peut recevoir le paiement, et ne peuvent être valablement faites à aucun autre. Elles doivent donc être faites au créancier, et, s'il est pupille, mineur ou interdit, au tuteur ou curateur.

Mais la question de savoir si des offres faites à un mandataire, peuvent constituer le créancier en demeure, est controversée. Cependant si on ne confond pas l'extinction de la dette par le paiement, avec la mise en demeure du créancier par les offres, elle ne présente point de difficulté sérieuse. Le vrai mandataire, dit Ulpien, peut recevoir un paiement; et par vrai mandataire il dit qu'il faut entendre le mandataire *ad hoc*, c'est-à-dire à l'effet de recevoir le paiement, ou le mandataire général: *vero procuratori recte solvitur; verum autem accipere debemus eum, cui mandatum est specialiter, vel cui omnium negotiorum administratio mandata est* (L. 12, D. XLVI, 3). Mais de ce qu'on paie valablement au mandataire *ad hoc*, ou au mandataire général, résulte-t-il que les offres de paiement leur soient valablement faites, et constituent le créancier en demeure? Donellus soutient la négative; selon lui ce ne sont que les offres faites au créancier lui-même, qui, si elles ne sont pas acceptées, pourront le constituer en demeure, et les offres non acceptées par le mandataire, quel qu'il soit, ne sauraient produire ce résultat; car, dit-il, le mandat à l'effet de recevoir un paiement n'implique pas mandat à l'effet de le refuser. Le refus ou la non-acceptation est en dehors du mandat, et ne saurait nuire au créancier; celui-ci ne peut donc être constitué en demeure que par les offres faites à lui-même.

Ce que Donellus dit du mandataire en des termes trop absolus, s'applique certainement au mandataire spécial à l'effet de recevoir un paiement. En effet tel mandat étant restreint à la réception du paiement, le créancier ne saurait subir les conséquences du non-paiement, qui est en dehors du mandat. Mais la même raison ne s'applique pas au mandataire général; celui-ci peut, sans aucune

(1) L. 1, § 1; L. 8, §§ 5 et 6, D. XVI, 1.

commission spéciale, recevoir des paiements et passer toute espèce de contrat (1). Alors donc qu'il n'accepte pas les offres, on ne peut pas dire qu'il agisse *praeter mandatum*, car un tel mandataire peut même nuire au mandant. Donc le mandant, le créancier, doit souffrir de la non-acceptation des offres faites à un tel mandataire qui le représente en tout, et par conséquent nous dirons que les offres, pour être valablement faites, doivent l'être au créancier ou à son mandataire général.

323. Quant au temps des offres, il est hors de doute qu'elles peuvent être faites valablement en tout temps lorsque l'obligation est pure et simple; mais si elle est à terme, il en est autrement.

En règle générale, le terme est censé stipulé dans l'intérêt du débiteur, et celui-ci peut par conséquent constituer le créancier en demeure par les offres qu'il fait avant l'échéance du terme, pourvu que ces offres soient parfaites, pourvu qu'elles renferment tout ce qui serait dû au créancier en supposant que le terme fût arrivé. Qu'en règle générale le débiteur qui a terme, puisse payer avant terme, c'est ce qui résulte des L. 38, § 16, et L. 137, § 2, D. XLV, 1. Donc il doit aussi pouvoir faire avant terme des offres valables et constituer le créancier en demeure (2).

La L. 122, D. XLV, 1, n'est pas contraire à ce principe, car si celui qui a fait un prêt à Rome, et qui a promis de le restituer dans trois mois à Éphèse, n'est pas admis à offrir, quelques jours après, la restitution à Rome même, sous déduction de l'intérêt qu'il avait payé à l'avance, c'est qu'une telle offre n'est point parfaite, ne renferme pas tout ce qui est dû au créancier au moment où le terme arrive, car pour être parfaite, l'offre devrait renfermer et l'intérêt de la somme et le prix du change.

Dans l'obligation à terme de débiteur peut donc, en règle générale, faire des offres valables avant le terme et constituer le créancier en demeure. Il en est ainsi toutes les fois qu'il ne résulte pas implicitement ou explicitement de la convention que le terme ait été stipulé soit dans l'intérêt du créancier, soit dans l'intérêt des

(1) L. 24, § 3, D. XLVI, 3; — L. 12, D. II, 4.

(2) Compar. MABAT, *Op. Cit.*, p. 244.

deux parties (1). Le terme est censé stipulé dans l'intérêt des deux parties dans la *locatio operarum*, quelquefois dans la *locatio rerum*, par exemple si je loue un cheval pour tel jour, et en général dans tous les cas où l'exécution de l'obligation ne peut avoir lieu utilement pour le créancier, ni avant ni après l'arrivée du terme stipulé, comme il peut résulter soit de la nature même de l'obligation, soit des clauses accessoires. Par exemple, un fournisseur achète des bœufs qui ne seront livrés qu'au printemps, afin que le vendeur les nourrisse pendant l'hiver; — un testateur lègue une somme à un mineur pour lui être comptée à sa majorité, dans la crainte qu'elle ne soit dissipée par le tuteur. Il ne suffirait pas que le testateur n'eût rendu le legs payable qu'à la majorité pour qu'on pût en induire que le testateur n'a pas voulu que le paiement fût fait au tuteur; il faudrait d'autres indices pour qu'on pût regarder le terme comme établi dans l'intérêt du créancier, du mineur (2).

Enfin, en général dans les obligations relatives au commerce, et qui sont à terme, le terme est stipulé dans l'intérêt du créancier comme dans celui du débiteur. Les commerçants ne font souvent des opérations de commerce que dans la prévision d'être payés à l'époque indiquée. C'est pourquoi en matières commerciales il y a présomption que le terme est stipulé en faveur des deux parties, et le débiteur qui veut payer avant terme, doit prouver que le terme n'a été stipulé qu'en sa faveur, tandis que dans les obligations qui ne sont pas relatives au commerce, c'est au créancier à prouver que le terme a été stipulé à son profit. Ainsi pour le prêt à intérêt nous admettons avec Voet et avec Duranton, contre l'opinion de Toullier, que la présomption est pour le débiteur, qui pourra payer avant terme, pourvu qu'il paie, avec le capital, les intérêts échus jusqu'au terme stipulé (3).

524. L'offre peut être faite partout, pourvu que le débiteur soit prêt à faire le paiement au lieu où le créancier doit l'accepter et où le débiteur a le droit de le faire. Si le débiteur s'est engagé à

(1) V. plus haut les numéros 147 et 148.

(2) V. L. 15, D. XXXIII, 1; — L. 43, § 2, D. XXXI.

(3) VOET, *Ad Pand.*, XII, 1, n° 20. — DURANTON, XI, 109. — TOULLIER, VI, 677.

payer au domicile du créancier, les offres doivent être réelles, doivent être faites en présence de l'objet. A défaut de convention, les choses mobilières se livrent au lieu où elles sont; si un lieu est désigné, l'offre ne peut se faire qu'en ce lieu, quoique le créancier puisse aussi tenter sa demande au lieu du domicile du débiteur (1).

525. Lorsqu'il n'y a qu'un débiteur, que l'obligation soit divisible ou non, le créancier ne peut être forcé à recevoir des paiements partiels. Donc l'offre d'une partie de la dette n'est point valable.

Par exception l'offre d'une partie de la dette serait valable, quoiqu'il n'y eût qu'un seul débiteur, si l'obligation était divisible, et qu'elle eût été contractée par plusieurs promettants, dont toutes les parts se seraient réunies sur une même tête (2).

S'il y a plusieurs débiteurs, pour savoir si les offres d'un paiement partiel sont valables, il faut rechercher si le créancier est tenu de recevoir un tel paiement, c'est-à-dire si l'obligation est divisible ou indivisible, question qui a fait l'objet du chapitre : *des obligations indivisibles*.

526. Si l'offre est faite dans les circonstances de temps, de lieu et de personnes, que nous venons d'indiquer, elle suffit pour constituer le créancier en demeure, sans qu'il soit nécessaire de consigner ou de déposer la chose qui est due. La consignation ou le dépôt a pour but, non de constituer le créancier en demeure, mais de libérer complètement le débiteur et par conséquent de faire cesser le cours même des intérêts conventionnels, tandis que la demeure du créancier ne fait cesser que les intérêts moratoires, en même temps qu'elle transporte sur le créancier, même dans l'obligation alternative et générique, tout le risque et péril et ne laisse au débiteur que la responsabilité du dol et de la faute grave (3).

527. La non-acceptation d'offres valables constitue le créancier en demeure.

(1) V. les nos 308 à 310.

(2) Voir plus haut, n° 241.

(3) V. L. 7, D. XXII, 1; — L. 6, C. IV, 32; — L. 103, D. XLV, 1; — L. 7, D. XLVI, 3; — L. 5, D. XVIII, 6. — Compar. WOLF, *Traité de la demeure*, p. 485 et 487, nos 372 et 376.

La non-acceptation d'une offre incomplète demeure sans effet; elle ne saurait être imputée au créancier.

Pour que le créancier soit constitué en demeure par son refus d'accepter l'offre, il faut qu'il n'en ait pas été empêché par des circonstances majeures. C'est ce qui pourrait avoir lieu si le créancier devait prendre livraison de la chose due, chez le débiteur, et que celui-ci lui eût fait l'offre de payer et laisser suivre l'objet, mais que par un événement majeur le créancier eût été empêché de prendre livraison (1).

328. Le créancier est constitué en demeure sans que des offres lui aient été faites, si c'est par sa faute qu'elles n'ont pu l'être, et que le débiteur ait d'ailleurs été prêt à exécuter l'obligation. C'est ce qui a lieu :

1° Lorsque le créancier a été absent sans s'être fait représenter, ou lorsque le débiteur n'a pu trouver le créancier au lieu désigné pour le paiement. Dans l'un et l'autre cas il faut que le débiteur ait été prêt à exécuter la convention; il faut en outre que l'impossibilité de payer soit imputable au créancier. Si l'absence de celui-ci ne lui était pas imputable, il ne saurait se trouver en demeure, car sans imputabilité il n'y a pas de demeure pour le débiteur ni pour le créancier (2).

Les auteurs qui admettent pour le débiteur une demeure sans *culpa*, l'admettent aussi pour le créancier (3). Schoeman se fonde particulièrement sur la L. 18, D. XIII, 5. Mais cette loi, où le créancier se trouve dans l'impossibilité de recevoir le paiement, ne se rapporte pas à la demeure; il y est question de savoir quand on peut intenter l'*actio de pecunia constituta*, et d'après Ulpien le créancier peut intenter cette action si le débiteur n'a pas accompli sa promesse, pourvu que le créancier ait été prêt à recevoir l'exécution (4). Or la dernière condition ayant fait défaut, c'est-à-dire le créancier n'ayant pas été prêt, il est évident que l'*actio*

(1) Arg. de la L. 23, D. XXII, 1.

(2) V. L. 23, § 1, D. XXII, 1; et L. 2, D. *eod.*

(3) Voir plus loin, n° 347.

(4) L. 10, § 3, D. XIII, 5.

de *pecunia constituta* ne pouvait être intentée par lui. Dans cette loi il ne s'agit nullement de préciser les conditions de la demeure.

Ainsi le créancier est en demeure lorsque le débiteur établit qu'il a été prêt à payer, et qu'il n'a pu trouver le créancier, si toutefois celui-ci ne prouve pas qu'un mal majeur, une tempête, une maladie, l'a empêché d'être sur les lieux désignés pour le paiement.

Le créancier est constitué en demeure lorsque sommé par le débiteur de liquider ses prétentions, d'établir ses comptes et de les débattre contradictoirement devant qui de droit, il demeure dans l'inaction, pourvu que la sommation faite au créancier d'établir les comptes, soit en même temps accompagnée d'offres de paiement. Mais nous ne saurions admettre avec quelques auteurs que le créancier fût constitué en demeure, si le débiteur ne faisait que le sommer de liquider sa prétention, sans faire l'offre de payer. Tous les textes d'ailleurs supposent que la sommation de liquider a été accompagnée de l'offre de payer (1).

Enfin nous devons admettre avec Wolf, qu'il y a encore *mora* sans offre de payer, lorsque le créancier a déclaré à l'avance ne pas vouloir accepter de paiement.

329. Connaissant les causes d'où naissent la demeure du débiteur et celle du créancier, nous passons à l'examen de l'une et de l'autre.

Plusieurs auteurs modernes : Thibaut, Wening, Mühlenbruch, divisent les effets de la demeure en effets communs au créancier comme au débiteur, et en effets qui sont particuliers à chacun d'eux, tandis que les anciens auteurs traitent séparément de la demeure du débiteur et de celle du créancier. Pour plus de facilité dans la comparaison des doctrines, nous suivrons l'ordre des auteurs modernes; nous verrons donc en premier lieu les effets communs aux deux demeures.

1° Celui des contractants qui est en demeure se rend passible des pertes et détériorations fortuites, et ne laisse plus à l'autre partie que la responsabilité du dol ou de la mauvaise foi. D'après

(1) V. L. 4, C. V, 56; — L. 21 et L. 22, D. XXII, 1; — L. 90, D. L, 17.

cela, si c'est l'acheteur qui est en demeure, le vendeur, dit la L. 17, D. XVIII, 6, ne sera plus tenu que de la faute grave; si c'est le vendeur, il est tenu de tout risque et péril et en outre de tous dommages-intérêts. Si l'acheteur est d'abord en demeure, et qu'ensuite il ait fait sommation au vendeur, celui-ci sera à son tour passible de toutes les suites du retard. Enfin celui-là supporte les effets de la demeure, qui s'y trouve en dernier lieu, dit la même L. 17.

2° Celui des contractants qui est en demeure souffre de la diminution du prix ou de la dépréciation que la chose a subie depuis le moment du contrat. D'après cette règle, nous avons vu plus haut que si le vendeur est en demeure, l'acheteur pourra réclamer soit le prix que la chose avait au moment du contrat, soit celui qu'elle a au moment de la condamnation (1). Si la chose vaut moins au moment de la condamnation, le vendeur fautif en souffre; si elle vaut plus, l'acheteur n'y perdra pas. Ainsi le décide la L. 3, § 3, D. XIX, 1 (2). Appliquant le même principe à la demeure de l'acheteur, le § 4 de la même loi, dit : si l'acheteur est en demeure, s'il n'a pas accepté l'offre que lui a faite le vendeur, et que celui-ci intente son action en dommages-intérêts pour non-exécution du contrat, le vin qui a été vendu sera estimé au plus bas prix qu'il a au moment de la demande; et il en résultera que parmi les dommages-intérêts que l'acheteur devra au vendeur, sera comprise en première ligne la différence qu'il y a entre le plus bas prix et le prix convenu.

Mais d'après les observations que nous avons déjà faites, ce principe n'est d'aucune application aux *judicia stricti juris*, dans lesquels l'estimation doit se faire invariablement selon le prix qu'a la chose au moment de la litiscontestation, ou au moment de l'échéance du terme, s'il y a terme, ainsi que cela résulte de textes nombreux, et notamment de la L. 4, D. XIII, 3 (3). — Nous avons déjà indiqué la raison de cette différence (4).

(1) L. 3, § 3, D. XIX, 1.

(2) Voyez plus haut, n° 302.

(3) V. L. 3, §§ 3, 4, D. XIX, 1; — L. 37, D. XVII, 1.

(4) Voir plus haut, n° 302.

1° Celle des parties qui est en demeure doit réparer, à partir de l'interpellation, tout le dommage qui en résulte pour l'autre partie, s'il s'agit d'un *judicium bonae fidei*. — Mais il n'en est pas de même dans les *judicia stricti juris*; là, s'il est vrai de dire, comme nous l'avons montré plus haut, que les fruits et accessions doivent être restitués avec la chose, non pas à partir de la demeure, mais à partir de litiscontestation, ce n'est pas parce que ces *judicia* comprennent *id quod interest*, mais c'est en vertu d'une espèce de restitution, qui fait remonter les effets de la condition jusqu'au paiement, et qui doit faire obtenir au demandeur tout ce qu'il aurait eu si la chose avait été donnée ou restituée au moment de la contestation judiciaire (1). C'est par ce motif que la L. 5, D. XIII, 5, dit qu'il faut estimer la chose au temps de la condamnation, afin de comprendre dans le jugement les fruits et accessions à partir de la litiscontestation jusqu'au jugement.

350. Quels sont les effets de la demeure particuliers au débiteur?

1° Il est tenu non seulement des fruits qu'il a perçus, mais de ceux que le créancier eût pu percevoir. Dans les *judicia bonae fidei* les fruits qu'aurait pu percevoir le créancier constituent en partie le *quod interest*, ils sont dus à partir de l'interpellation; dans les *judicia stricti juris* ils sont dus à partir de la litiscontestation, parce que à partir de là, le demandeur doit avoir ce qu'il aurait eu si la chose lui avait été payée au moment de la litiscontestation.

2° S'il s'agit de capitaux, le débiteur doit les intérêts légaux à partir de la demeure. Il les doit comme dommages-intérêts moratoires (2); par conséquent cette disposition encore, ne s'applique qu'aux *judicia bonae fidei* (3). Dans les *stricti juris judicia*, le créancier n'a pas droit aux intérêts moratoires, mais il doit avoir ce qu'il aurait eu si la somme avait été payée lors de l'introduction de l'instance. A la différence de ce qui arrive dans les

(1) L. 40, D. V, 3; — L. 38, § 7, D. XLV, 1; — L. 25, D. L, 16.

(2) L. 19, D. XVIII, 6; — L. 2, § 8, D. XIII, 4.

(3) L. 32, § 2, D. XXII, 1.

bonae fidei negotia, des intérêts ne seront dûs que si le créancier prouve que la somme eût également produit des intérêts entre ses mains (1).

3° Si une clause pénale est ajoutée à la convention, la peine est encourue de plein droit et par le seul effet du non-paiement au moment où la chose eût pu être demandée.

Il en est de même de la résolution de la vente par l'effet de la *lex commissoria*. Cette résolution et la peine sont un droit acquis au créancier, indépendamment de toute interpellation, par cela seul que le terme est arrivé. De là les interprètes ont déduit la règle : *dies interpellat pro homine*; mais bien qu'il soit vrai de dire que la peine est acquise de plein droit par cela seul que le terme est échu, attendu que ce droit d'exiger une peine dépend d'une condition qui est le non-paiement, cependant nous verrons plus loin que les textes s'opposent formellement à ce qu'on admette de plein droit la demeure et ses effets, indépendamment de toute interpellation et par la seule échéance du terme (2).

531. Un quatrième effet de la demeure, dit Mühlenbruch, est de rendre perpétuelle l'action qui aurait été prescrite en un court espace de temps (3). Un cinquième, que tout risque et péril est à charge de celui qui est en demeure, créancier ou débiteur. — Mühlenbruch rapporte les termes : *obligatio fit perpetua*, qu'on trouve dans les textes, à la prescription de l'action comme à la perte et aux détériorations de la chose. Madai proteste avec raison contre cette interprétation. En effet, la demeure du débiteur ne rend pas l'action du créancier perpétuelle.

Lorsque le débiteur a été interpellé par une citation en justice, la demeure interrompt bien la prescription qui commence à courir dans toute obligation dès l'instant où la condition existe, dès l'instant où le terme est échu, mais elle n'empêche pas que la prescription ne reprenne son cours à partir du dernier acte de

(1) Comparez WOLF, p. 453. — L. 38, § 7, D. XXII, 1, et L. 35, D. L, 16.

(2) Voir, plus bas, numéros 348 à 357.

(3) L. 59, § 5, D. XVII, 1.

poursuite. Dira-t-on que la demeure rend perpétuelles les actions prétoriennes qui ne sont que temporaires? Tel n'est pas non plus le sens de la règle *culpa et mora perpetuant obligationem*. Cette règle est de droit ancien; Paul le dit formellement à la L. 91, § 3, D. XLV, 1; elle est bien antérieure à la distinction des actions en perpétuelles et temporaires, car d'abord les actions furent en général perpétuelles; les actions prétoriennes seules étaient temporaires, encore ne l'étaient-elles pas toutes (1). Si donc telle avait été la signification de la règle, elle n'aurait été que d'une application restreinte et exceptionnelle, tandis que les sources nous la présentent partout comme généralement applicable, sans exception aucune. Ce qui achève de prouver que cette règle ne peut être prise dans ce sens, et ne peut être rapportée à la prescription, c'est que malgré la demeure l'action du créancier se prescrit à partir du dernier acte de poursuite. A part même toutes ces considérations, rien ne nous autorise à confondre les mots *perpetuare obligationem*, avec ceux *perpetuare actionem*. Enfin la L. 91, § 5, D. XLV, 1, prouve sans réplique que c'est dans un sens tout autre que celui indiqué par Mühlenbruch, que cette règle doit être entendue. Si, dit ce texte, le fils a, en vertu de l'ordre du père, promis un esclave, le père peut être actionné *actione ex stipulatu quod jussu*. Si le fils tue l'esclave, l'obligation ne s'éteindra aucunement *interitu rei*; le père demeurera obligé, l'obligation étant perpétuée par la faute du fils. Et ce qui est dit de la faute à la L. 91, l'est aussi de la demeure à la L. 24, D. XXII, 1.

Ce n'est donc pas la perpétuité de l'obligation malgré la prescription, c'est la perpétuité de l'obligation malgré la perte de la chose, que les jurisconsultes romains ont en vue lorsqu'ils disent : *obligatio perpetuatur, obligatio fit perpetua*.

En traitant des risques et périls, nous avons vu qu'il est de principe que le débiteur est libéré aussitôt que l'exécution de l'obligation est devenue impossible. A la L. 107, D. XLVI, 3, la perte de la chose, non imputable au débiteur, est assimilée au paiement; l'obligation est donc éteinte. Mais si la perte de la chose

(1) V. GAITS, Inst. IV, 111.

a eu lieu par la faute du débiteur, cette chose est, par fiction, censée subsister toujours, et le débiteur en doit l'estimation. Tel est le sens de la L. 92, § 3, D. XLV, 1. Donc les mots *obligatio perpetuatur* signifient que l'obligation subsiste malgré la perte de la chose due, ou, comme le dit Ulpien à la L. 82, § 1, D. XLV, 1, que le débiteur qui est en demeure, est tenu comme si la chose n'avait point péri, en d'autres termes, que la chose est aux risques et périls du débiteur en demeure. *Periculo ejus vivit et deterior fit*, dit Africanus à la L. 108, § 11, D. XXX, de l'esclave dû par le débiteur en demeure.

Voyons la L. 59, § 3, D. XVII, citée à l'appui de l'opinion que nous combattons. Il s'agit d'un mandataire *pecuniae credendae*. Je donne mandat, dit cette loi, de prêter à Sévère mon parent telle somme, en constituant tel gage et en déclarant que je répons du capital et des intérêts tant que vivra Sévère; je suis plusieurs fois sommé de payer pour Sévère, et avant que je fasse honneur à la sommation, Sévère vient à mourir. Suis-je libéré par le motif que je ne m'étais déclaré responsable que jusqu'à sa mort? Non; je ne le serai pas, dit la L. 59 : *Paulus respondit mandati obligationem perpetuam esse*. Résulte-t-il de là que la demeure perpétue l'action? Nullement, car qui voudrait prétendre que l'*actio mandati* ne se prescrive pas à partir du moment où elle a pu être intentée. Si la prescription est interrompue par des actes de poursuite, elle recommence à partir du dernier de ces actes. Quel est donc le sens de la loi? Elle signifie que l'obligation de payer capital et intérêts, continue d'exister même après la mort, non pas en vertu de la convention, mais en vertu de la demeure, qui renferme une *injuria*. Car le débiteur qui est en demeure, retient contre le gré du créancier, ce qui est dû à ce dernier, ce qui lui appartient en quelque sorte. L'obligation *ex mandati*, quoique limitée par la convention, continue après la mort. Tel est le sens des mots *mandati obligationem perpetuam esse*. Cette loi ne prouve donc pas que la demeure rende l'action perpétuelle; mais bien que l'obligation subsiste malgré la perte de la chose, et, pour parler plus généralement, malgré l'événement qui aurait libéré le débiteur s'il n'avait été en demeure; en un mot, elle

prouve que le débiteur en demeure est tenu de tout risque et péril.

552. Ce principe est-il admis d'une manière absolue et dans toute sa rigueur, ou bien faut-il laisser au débiteur en demeure la faculté d'exciper de ce que la chose eût également péri chez le créancier, si elle avait été en sa possession ?

Quelques auteurs admettent l'exception sans réserve aucune. De ce nombre sont Thibaut, Wening, Mühlenbruch. Madai n'accorde l'exception qu'au *malae fidei possessor* dont la possession n'est ni violente ni furtive, et il la refuse au *debitor morosus*, comme à celui dont la possession est violente ou furtive, parce que ceux-ci sont *in mora perpetua*. Rosshirt et Wolf combattent cette opinion. Glück admet l'exception pour la *mora ex persona*, mais non pour la *mora ex re*. Si ce juriconsulte n'entendait par *mora ex re* que celle du voleur et du spoliateur, son opinion nous paraîtrait irréprochable; mais il admet plusieurs espèces de *mora ex re*, et dès lors il aurait dû déterminer plus spécialement dans quelle espèce de *mora ex re* l'exception peut être accordée au débiteur. Voici la solution à laquelle conduit un examen attentif des textes.

1° Aucun des textes qui se rapportent à la possession violente ou furtive, ne fait mention de l'exception. Un tel possesseur ne peut donc pas décliner la responsabilité du cas fortuit en prouvant que la chose eût péri chez le demandeur si elle avait été dans sa possession.

Dans tous les passages cités en note (1), et dans une foule d'autres encore, leur responsabilité est absolue; et si Thibaut et Wening invoquent en faveur de l'opinion que nous rejetons, la L. 14, § 11, D. IV, 2, relative à l'action *quod metus causa*, où l'exception est admise, c'est qu'ils n'ont pas vu que cette loi, en décidant que le défendeur n'est pas tenu de l'estimation de la chose si elle a péri sans faute de sa part et qu'elle eût également péri chez le demandeur, est fondée sur ce motif tout spécial que le défendeur est néanmoins tenu de payer le triple de la valeur à titre de

(1) L. 7, § 2; L. 8, § 1; L. 16; L. 20, D. XIII, 1; — L. 50, D. XLVII, 2; — L. 2, C. IV, 8; — L. 9, C. VI, 2; — L. 34, D. XLIII, 16.

peine, condamnation à laquelle il ne saurait échapper en aucun cas : *In hoc casu* (c'est-à-dire dans le cas de mort fortuite), *a rei condemnatione ideo relaxabitur, si intra tempora judicati actionis moriatur, quia tripli poena propter facinus satisfacere cogitur.*

C'est donc sans fondement qu'on invoque cette loi pour faire admettre l'exception en faveur même de celui qui possède furtivement ou violemment, tandis que tous les textes relatifs au cas de vol ou de spoliation, déclarent les auteurs responsables de tout risque et péril, de la manière la plus absolue.

2° Dans tous les autres cas, soit qu'il s'agisse d'un débiteur *morosus*, ou d'un possesseur de mauvaise foi autre que celui qui possède furtivement ou par violence, le principe que la demeure perpétue l'obligation et rend le débiteur responsable de tout risque et péril, est susceptible de cette modification, qu'il n'est responsable de la perte fortuite, qu'au cas où la chose n'aurait pas péri chez le créancier, ou que celui-ci, en supposant que la chose eût péri chez lui, ne l'aurait pas vendue, de sorte que le débiteur, s'il prouve que la chose aurait péri chez le créancier, et qu'il ne l'aurait pas vendue, n'est plus tenu de la perte.

Il est vrai que cette exception ne se rencontre pas dans tous les textes qui déclarent le *debitor morosus*, responsable des pertes fortuites; mais il arrive souvent que les lois ne font qu'énoncer un principe sans l'entourer des modifications dont il est susceptible; et d'un autre côté les textes qui renferment la modification se rapportent à toute espèce de débiteurs ou possesseurs, autres que ceux qui possèdent *furtim* ou *vi* (1). C'est ce qui résulte de l'examen attentif de ces textes :

En principe, le dépositaire est tenu du risque et péril après la litiscontestation; or la L. 14, § 1, D. XVI, 3, renferme cette modification, que si l'esclave est mort après qu'il y a eu litiscontestation, le dépositaire doit être absous, car la perte doit être supportée par le créancier alors qu'en supposant que la chose lui eût été remise, celle-ci n'en aurait pas moins péri.

La L. 12, § 4, D. X, 4, accorde la même exception au défen-

(1) V. L. 12, § 3, D. XVI, 3.

deur dans l'action *ad exhibendum*. La L. 47, § 6, D. XXX, la lui accorde en matière de legs dans l'action *ex testamento* et la L. 13, § 3, D. VI, 1, dans la revendication. Les deux derniers textes ajoutent même qu'il faut qu'il soit prouvé que le créancier n'aurait pas vendu la chose, pour que l'exception tirée de ce que la chose aurait également péri chez lui, soit admissible.

La règle de la *perpetuatio obligationis* et l'exception qu'elle subit doivent donc se formuler comme suit :

L'obligation du débiteur en demeure est perpétuée, c'est-à-dire qu'il sera tenu malgré la perte de la chose, s'il est prouvé qu'au cas où cette chose eût été remise au créancier, elle n'eût point péri, et que celui-ci ne l'eût point vendue.

Cette modification à la règle que le débiteur en demeure supporte le risque, repose sur ce principe d'équité que si le créancier ne doit pas perdre à la demeure du débiteur, il ne doit pas non plus y gagner. Or, il y gagnerait si la chose eût péri entre ses mains au cas où elle lui fût restituée, et que malgré cela il restât encore créancier de cette chose.

Par forme de peine, la loi prive de cette faveur ceux qui possèdent par vol ou par violence. Pour eux la règle *obligatio fit perpetua*, existe dans toute sa rigueur.

Il est assez généralement admis que c'est le débiteur qui doit prouver que la chose a péri par un événement qui l'aurait également atteinte chez le créancier, et que celui-ci ne l'aurait pas aliénée. En effet cette modification au principe que la demeure perpétue l'obligation, est une véritable exception établie en sa faveur par esprit d'équité. C'est donc à lui à en fournir la preuve.

Le droit français est conforme en ce point au droit romain; le débiteur en demeure y est admis, par l'art. 1302 du Code civil, à prouver que la chose eût également péri chez le créancier; par forme de pénalité le voleur est exclu de cette faveur, mais non ses héritiers (1).

333. Pour obtenir les dommages-intérêts que la demeure entraînait dans toutes les actions *bonae fidei*, il n'était nullement

(1) Voir TOULLIER, VII, 468; — DURANTON, X, 481, 482 (éd. fr.).

besoin d'une action spéciale. C'est une grave erreur, commise par quelques auteurs, que d'avoir considéré la *condictio triticiaria* comme ayant pour objet spécial la poursuite des dommages-intérêts résultant de la demeure. La *condictio triticiaria* n'est autre chose que l'*actio stricti juris*, qui a pour objet toute chose déterminée autre qu'une somme d'argent; elle ne comprend donc ni le *facere*, ni le *genus* ou l'alternative, lorsque le débiteur a le choix (car dans ce cas la *condictio* est *incerti*), ni la somme d'argent; elle est une *condictio certae rei*.

Voici son origine et son objet. Dans le principe il n'y avait qu'une *condictio*, la *condictio certi*, moyennant laquelle se poursuivait une somme d'argent, soit comme objet direct de l'obligation, soit à titre de peine (1). La stipulation *certae pecuniae*, et l'action qui y correspondait, la *condictio certi* ou *certae pecuniae*, ont été distinguées des autres stipulations, parce que dans elles l'office du juge consistait uniquement à absoudre ou à condamner, la chose due, la somme d'argent ayant son estimation en elle-même.

Dans le système du *strictum jus*, où l'office du juge était si limité, il était naturel qu'on distinguât de la stipulation que nous venons de qualifier, celle de toute autre chose corporelle qui ne représentait pas sa valeur, mais dont la valeur était remplacée par l'argent, stipulation qui fit naître l'action appelée *triticiaria*. Ici l'espèce a servi à qualifier le genre, car Ulpien à la L. 1, D. XIII, 3, voulant opposer à la stipulation d'une somme d'argent, celle de toute autre chose, ou plutôt voulant opposer les actions qui résultent de ces deux classes de stipulations, nomme l'action *certae pecuniae* et l'action *triticiaria*.

Mais d'où vient le nom de *condictio triticiaria*? Voici l'explication qui nous paraît la plus probable. Dans le principe, toute obligation *stricti juris* devait être réduite, soit directement, soit au moyen de la clause pénale, à une somme d'argent. Nous avons déjà montré ailleurs que dans l'ordre historique des trois conditions qui naissent des stipulations, la *condictio certi* ou *certae pecu-*

(1) L. 1, D. XIII, 3.

niae fut la première (1). Ce sont les nécessités des relations sociales et du commerce, qui ont étendu les stipulations à d'autres objets; et comme les grains étaient à Rome l'objet d'un commerce très-important, Rome étant pour sa consommation tributaire de la Sicile et de l'Afrique, il est probable que c'est pour donner force obligatoire aux stipulations qui avaient pour objet du froment, que l'action s'introduisit d'abord, pour s'étendre ensuite à toutes les autres choses corporelles ayant une valeur objective, un prix marchand.

554. Connaissant les effets particuliers à la demeure du débiteur, nous passons aux effets particuliers à celle du créancier.

Lorsque le créancier est en demeure, deux cas peuvent se présenter quant à la question des risques et périls : ou déjà le débiteur est en demeure au moment où survient la demeure du créancier, ou il ne l'est pas. Au premier cas l'obligation du débiteur cesse d'être perpétuelle, sa demeure est purgée, et les effets en disparaissent complètement pour l'avenir; de plus il n'est plus tenu que de son dol ou de la faute grave. Si le débiteur n'est pas en demeure et que l'objet de l'obligation soit une *species*, le créancier continuera de porter les risques qui lui incombent déjà dès le principe. A cet égard rien n'est changé; mais l'imputabilité du débiteur diminuera, et quel que soit le degré de soin ou de diligence dont il était tenu avant la demeure, soit *culpa*, soit *custodia*, il ne sera plus tenu que du dol ou de la faute grave (2). Si l'obligation est d'un *genus* ou d'une alternative, d'une *quantitas*, alors par les offres faites au créancier, la quantité, si elle a été mesurée, est censée spécifiée et sera aux risques et périls du créancier. S'il s'agit d'une somme d'argent, il suffit que le débiteur l'ait comptée, et sortie de sa caisse, pour qu'elle périsse pour le créancier à qui elle a été offerte. En effet, si le créancier avait accepté l'offre légitimement faite, ainsi qu'il eût dû le faire, la quantité ou la somme n'aurait point péri pour le débiteur; or la demeure du créancier ne peut nuire au débiteur; la perte de cette somme ou de cette chose

(1) Voir au chap. de la Clause pénale, le n° 170.

(2) L. 3 et L. 17, D. XVIII, 6; — L. 9, XXIV, 2.

doit donc le libérer. Si je vous dois dix, dit la L. 72, D. XLVI, 3, que je fasse l'offre de les payer, et qu'ensuite les dix périssent sans ma faute, je pourrai repousser votre demande par l'*exceptio doli*, alors même qu'antérieurement j'aurais été en demeure. Le jurisconsulte dit l'*exceptio doli*, parce que le débiteur qui lui-même avait été en demeure, était perpétuellement obligé.

La L. 102, D. XLVI, 3, n'est pas contraire au principe de la L. 72. En effet dans l'espèce de la L. 102, s'il est vrai que le créancier a refusé d'accepter la somme à lui offerte par le débiteur, ce refus n'est cependant pas illégal, puisque les espèces offertes ont consisté dans de la monnaie étrangère (*pecunia qua illa respublica utebatur*), et ont été saisies par le fisc comme n'étant pas de bon aloi. Déjà sous ce point de vue donc, on ne saurait prétendre que par l'offre du débiteur le créancier ait été mis en demeure, attendu que cette offre n'était pas acceptable. D'un autre côté la saisie opérée par le fisc ne saurait être considérée comme une perte fortuite survenue depuis la demeure, car le débiteur qui a payé demeure responsable de la bonté des espèces données en paiement.

335. D'après ce qui précède, la demeure du créancier a donc pour effet de laisser à celui-ci tout risque et péril, et d'en décharger le débiteur, et même de le dégager de la responsabilité de la faute légère, en ne lui laissant plus que la responsabilité du dol.

Quelques auteurs vont plus loin; lorsque le créancier a été constitué en demeure, lorsqu'il a été sommé de prendre ou de faire prendre la chose vendue, le débiteur aurait, selon eux, le droit d'abandonner cette chose, et en l'abandonnant il se libérerait; toutefois s'il s'agissait d'une somme d'argent, il ne se libérerait complètement qu'après avoir fait le dépôt de la somme. Cette question a été soutenue d'abord par Zimmern, dans une dissertation spéciale, puis victorieusement combattue par Thibaut et Madai.

La thèse de Zimmern est fondée sur la L. 1, § 3, D. XVIII, 6. Mais il est à remarquer qu'à part ce texte isolé, une foule de lois

(¹) *Archiv für die civilistische Praxis*, T. III.

déclarent qu'après l'offre faite au créancier, le débiteur est encore responsable du dol et de la faute grave (1). En présence de ces textes, la L. 1, § 3, D. XVIII, 6, ne saurait donc être considérée que comme une disposition exceptionnelle, ainsi que cela résulte d'ailleurs de l'espèce même dont il y est question. Si une quantité de vin a été vendue, dit cette loi, qu'un jour ait été fixé pour le mesurage et la livraison, et que ce jour arrivé l'acheteur fasse défaut, le vendeur pourra, après avoir sommé et prévenu l'acheteur, verser le vin vendu. Il est vrai que le jurisconsulte conseille au vendeur de ne pas user de ce droit, de garder le vin dans ses vaisseaux et de se faire payer des dommages-intérêts, ou de vendre le vin pour le compte de l'acheteur afin que ce dernier en souffre le moins; mais toujours est-il que le droit d'abandonner la chose existe pour ce cas spécial. En rapprochant cette L. 1, § 3, D. XVIII, 6, de la L. 3, D. *eod.*, ou pourrait dire que le vendeur ne peut user de ce droit que dans les limites de la bonne foi, c'est-à-dire à la dernière extrémité, au cas où ayant besoin de ses vaisseaux pour la nouvelle récolte, il n'en trouverait pas d'autres, et serait obligé de vider ceux qui renfermaient le vin vendu. Mais dans la supposition même que le vendeur ne dût faire autre chose que prévenir l'acheteur pour être en droit de laisser écouler le vin, eueore serait-il supposer que cela n'est admis ainsi que pour des motifs spéciaux et que cette disposition ne saurait s'étendre à d'autres cas. Le principe que tout débiteur est chargé, même après avoir constitué le créancier en demeure, du dol et de la faute lourde, s'oppose à ce qu'il puisse abandonner une chose dont la garde ne saurait d'ailleurs lui porter préjudice.

Ce qui prouve du reste à l'évidence que la disposition qui nous occupe n'est qu'exceptionnelle, applicable seulement quand il s'agit d'une quantité de vin, c'est que la L. 8, D. XXXIII, 6, refuse ce droit au débiteur, si le vin est dû en vertu d'un legs. L'héritier qui a constitué le légataire en demeure de prendre le vin légué, agirait téméairement, dit ce texte, s'il répandait le vin, mais il pourra, du chef du dommage qui lui fait éprouver le

(1) L. 3 et L. 17, D. XVIII, 6; — L. 9, D. XXIV, 2.

retard du légataire, exercer un droit de rétention jusqu'à ce qu'il soit indemnisé.

Un autre effet de la demeure du créancier est donc qu'il doit des dommages-intérêts au débiteur pour ce que peut avoir coûté à celui-ci la garde de la chose due.

336. La demeure du débiteur est purgée par l'offre; pour cela il faut :

1° Que l'offre soit complète, c'est-à-dire comprenne non seulement l'objet dû primitivement, mais encore les dommages-intérêts, soit conventionnels, soit comminatoires;

2° Que le créancier ait encore intérêt à recevoir l'offre, car si l'obligation avait été de telle nature que le créancier n'eût plus d'intérêt à son exécution, la demeure du débiteur ne saurait être purgée. Ceci est une *questio facti*, dit Paul à la L. 91, § 5, D. XLV, 1, *questio de bono et aequo*. En effet il y a des obligations qui ne peuvent plus s'exécuter utilement dès que le jour fixé est écoulé, il y en a d'autres qui peuvent encore s'accomplir utilement; tout cela dépend de la nature de la chose due, de l'intention des parties, et enfin des circonstances. C'est, comme le dit Paul, une *questio de bono et aequo*.

Du reste, pour purger la demeure, l'offre du débiteur ne doit pas être nécessairement telle que le créancier soit constitué *in moram accipiendi*. Si par un événement non imputable le créancier ne peut accepter la chose offerte, il n'est pas constitué en demeure, mais l'offre n'en aura pas moins purgé la demeure du débiteur (1).

337. De son côté le créancier purge sa demeure par la soumission faite au débiteur de recevoir la chose due. Cependant lorsque la demeure du créancier a causé un dommage au débiteur parce que celui-ci n'a pu garder la chose qu'avec perte, il faut que la soumission du créancier contienne en même temps offre de réparer le dommage. Il faut en outre que l'obligation ne soit pas éteinte lorsque le créancier veut purger sa demeure; il faut donc que la chose n'ait point péri par cas fortuit ou par une faute

(1) L. 33, D. XXII, 1.

non imputable au débiteur; il faut encore que la chose n'ait pas été déposée, car le dépôt dûment fait libère le débiteur et ne l'oblige plus qu'à céder son *actio depositi*.

358. La cessation de la demeure du débiteur a pour effet : 1° que son obligation cesse d'être perpétuelle (1); 2° que les intérêts moratoires cessent de courir. — Les intérêts conventionnels étant dûs en vertu de la convention même, continuent leur cours jusqu'à l'extinction de l'obligation primitive avec laquelle ils sont nés, c'est-à-dire jusqu'au paiement ou bien jusqu'à l'acte qui équivaut au paiement, par exemple le dépôt ou la consignation (2). Quant à la peine, une fois encourue elle reste due pour toujours; le débiteur n'a plus aucun droit d'offrir la chose due primitivement; en d'autres termes, il n'y a pas de purge possible à cet égard (3). Toutefois l'acceptation volontaire et sans réserves, de l'objet primitivement dû, impliquerait de la part du créancier renonciation à la peine (4). Il en est de même de la *lex commissoria*, l'acheteur qui n'a pas payé au terme convenu, fera des offres vaines, et il dépendra du créancier de poursuivre, soit le prix, soit la résolution du contrat. Toutefois l'acceptation ou la demande du prix, implique renonciation à la faculté de poursuivre la résolution de la vente (5).

Lorsque le créancier a purgé sa demeure, l'obligation reprend son caractère primitif. Si la soumission du créancier renferme en même temps interpellation, le débiteur sera constitué en demeure, et tous les effets de cette demeure auront lieu.

Nous avons déjà fait remarquer plus haut que le créancier ne peut pas purger sa demeure si la créance est éteinte, c'est-à-dire si la chose a péri sans dol de la part du débiteur, ou si le débiteur en a fait le dépôt judiciaire. Dans cet état de choses, la *purgatio mora creditoris* n'est plus possible, l'obligation est éteinte, et ne saurait reprendre son caractère primitif (6).

(1) L. 72, D. XLVI, 3.

(2) L. 7, D. XXII, 1.

(3) L. 23, D. XLIV, 7; — L. 12, C. VIII, 38.

(4) L. 23, D. IV, 8.

(5) L. 6, § 2, et L. 7, D. XVIII, 3.

(6) Compar. MABAL, p. 507.

559. Si le débiteur et le créancier se trouvent dans une demeure simultanée, ce qui arrive, dit Mühlenbruch, lorsque l'obligation devant s'exécuter en un lieu et en un temps déterminés, aucune des parties n'a été présente, les demeures se compensent. Il cite à l'appui de cette opinion la L. 10, D. XVI, 2, d'après laquelle un associé n'est pas autorisé à imputer à son associé une faute dans laquelle il est tombé lui-même (1).

Nous pensons avec Madai qu'il est de toute impossibilité que le créancier et le débiteur se trouvent à la fois dans une demeure simultanée, opinion qui, par les conséquences pratiques, ne diffère pas cependant de celle de Mühlenbruch. Il ne peut y avoir demeure simultanée, pas même dans le cas cité, car la non-présence du créancier est le motif pour lequel le débiteur ne saurait être en demeure; le débiteur a bien fait défaut, mais le créancier n'a pas été prêt à recevoir : donc le débiteur ne saurait être en demeure. Réciproquement la non-présence du débiteur est le motif pour lequel le créancier ne saurait être en demeure, parce que si le créancier a fait défaut, le débiteur n'était pas prêt à livrer la chose au lieu désigné.

Avec la demeure simultanée ne doit pas être confondue la demeure successive. Quand il s'agit de demeures successives, la dernière demeure conserve seule des effets. C'est ce que décide la L. 51, pr. D. XIX, 1, que les éditions du Digeste ne donnent pas toutes dans les mêmes termes. Tout en conservant le texte de la vulgate, qui est aussi celui du manuscrit florentin, on peut appliquer cette loi au cas que voici : L'acheteur a d'abord sommé le vendeur de livrer la chose, et ainsi a constitué celui-ci en demeure; mais au moment où le vendeur offre la livraison, l'acheteur la refuse : la demeure du vendeur est purgée, celle de l'acheteur commence; enfin la chose vient à périr, et c'est dans ce cas d'une demeure successive que le jurisconsulte Labéon dit avec raison : *non potest videri mora per venditorem emptori facta esse, ipso moram faciente emptore*. Donc le risque et péril reste pour l'acheteur, et par conséquent, comme le décide d'ailleurs la L. 17, D. XVIII,

(1) MÜHLENBRUCH, *Doctr. Pand.*, § 274, note 5.

6, c'est la dernière demeure qui nuit. Si l'acheteur est en demeure au dernier lieu, la chose péricule à ses risques et il doit les dommages-intérêts; si c'est le vendeur, elle péricule pour lui, et c'est lui qui les doit.

340. Nous venons de voir comment la demeure est purgée, et comment dès ce moment ses effets cessent pour l'avenir; il nous reste à montrer dans quels cas les effets de la demeure disparaissent pour le passé comme pour l'avenir.

Quant à la demeure du débiteur, ses effets sont complètement effacés,

a) Lorsqu'il a accepté l'objet dû primitivement, sans faire de réserves. — Si le débiteur est en demeure, le créancier n'est pas obligé d'accepter l'objet dû primitivement sans les dommages-intérêts moratoires. Mais s'il accepte, sans faire de réserves, l'exécution de l'obligation principale, il est censé avoir renoncé implicitement aux dommages-intérêts, parce qu'il est de règle qu'il n'y a pas d'accessoire sans principal, et que l'obligation principale étant éteinte, il ne saurait plus être question de dommages et intérêts moratoires. Il en serait autrement si une partie quelconque du principal était encore due, car alors les intérêts moratoires pourraient encore être demandés avec cette partie.

b) Le créancier ne saurait non plus élever aucune prétention du chef de la demeure lorsque l'obligation entachée de demeure a été novée. La novation éteint toute l'obligation, et il importe peu que la novation ait lieu entre le créancier et le débiteur, ou entre le créancier et un tiers (1).

Il y a plus : la novation même conditionnelle fait complètement disparaître les effets de la demeure, d'où il suit que si la chose due est une *species* qui péricule fortuitement *pendente conditione novationis*, elle aura péri pour le créancier, et le débiteur sera libéré, et de la première obligation, parce que la chose a péri, et de la seconde obligation, parce qu'à l'arrivée de la condition il n'existe plus d'obligation qui soit l'objet de la novation. Donc pas de novation, pas de nouvelle dette. C'est pourquoi, suivant le

(1) L. 8, D. XLVI, 2; — L. 72, D. XLVI, 3.

jurisconsulte Marcellus, l'acte seul de la novation, quoique conditionnel, équivaut à l'offre et fait cesser les effets de la demeure⁽¹⁾.

Cependant Venulejus, à la L. 31, D. XLVI, 2, donne une décision contraire. D'après cette loi, s'il est intervenu une novation conditionnelle sur une obligation entachée de demeure, et si la chose due primitivement périt *pendente conditione*, la condition de la novation s'accomplit utilement, et le débiteur est obligé *ex novatione* malgré la perte de la chose.

Quelle est de ces deux opinions celle qui doit être préférée? L'opinion de Marcellus. La seconde est évidemment une conséquence trop rigoureuse du principe *mora perpetuat obligationem*. Nous avons vu plus haut que si l'obligation se perpétue *ipso jure* même après les offres, cependant le *debitor morosus* qui a fait les offres, peut opposer l'*exceptio doli* à l'action du créancier. Ainsi à la L. 31, D. XLVI, 2, Julien et Venulejus sont restés attachés au *strictum jus*, sans tenir compte de l'exception résultant des offres qui sont tacitement renfermées dans la novation. Aussi est-ce l'opinion de Marcellus qui a toujours été suivie dans la pratique, et qui est encore enseignée de nos jours par les commentateurs du Code civil (2).

c) La prescription en éteignant l'obligation (suivant quelques-uns l'action seulement), fait aussi disparaître tous les effets de la demeure. Les intérêts moratoires ou conventionnels s'éteignent donc par cela seul que l'action principale est prescrite. Vanement dira-t-on que l'action à l'effet de poursuivre les intérêts naît chaque année, et que par conséquent les intérêts ne peuvent être atteints par la même prescription qui éteint l'obligation principale. Justinien répond, à la L. 26, C. IV, 32, que la question sur l'obligation principale étant écartée par la prescription, le juge ne peut plus connaître des intérêts, qui ne sont qu'un accessoire de cette obligation et ne peuvent être dûs qu'avec cette obligation même.

(¹) L. 72, § 1, D. XLVI, 3. — Voyez dans le même sens, L. 14, D. XLVI, 2.

(²) Voyez DURANTON, Tome XI, n° 449 (éd. fr.).

341 (*). Les questions principales qui dans l'état actuel de la théorie sur la demeure se présentent encore comme controversées, telles que celles de savoir : — s'il y a une *mora ex re*, à côté de la *mora ex persona*, — si la demeure doit impliquer faute, — si enfin le droit romain a consacré la règle *dies interpellat pro homine*, règle qui a été reçue en Allemagne comme droit pratique, fondé sur l'autorité de la jurisprudence et de la doctrine, mais qui fut généralement repoussée en France, — toutes ces questions, que nous considérons comme principales et qui ont donné lieu à des décisions opposées et toutes fondées sur une infinité de textes, ne peuvent recevoir de solutions définitives que par la recherche préalable des différentes significations que les jurisconsultes romains ont attachées au mot *MORA*.

Que ce mot ait eu en droit romain une double signification, c'est ce qui résulte de la controverse même sur la question de savoir si le droit romain admet une *mora ex re* et une *mora ex persona*. En effet une foule de textes attestent qu'il y a une *mora ex re* dont les conditions diffèrent de celles de la *mora ex persona* (1). Suivant d'autres textes on dirait qu'il n'y a qu'une *mora*, la *mora ex persona*, car on y conteste à certains égards, le caractère de *mora*, à la *mora ex re*. Ainsi tandis que la L. 52, D. XXI, 1, fait consister la *mora ex persona* dans l'interpellation et que dans les *Sentences* de Paul, nous lisons : *mora videtur fieri, cum postulanti non datur* (2), la L. 3, C. II, 41, nous dit qu'en faveur des mineurs créanciers il y a *mora, re ipsa et ex solo tem-*

(*) [Après avoir exposé, dans l'ordre où ces questions sont traitées dans le manuel de Nühlenbruch, de quelles causes la demeure peut naître, quels effets elle produit, et comment elle cesse, l'auteur revient ici sur ses pas pour compléter les théories ordinairement admises, et les redresser dans ce qu'elles ont d'erronné. Cette marche, nous ne la croyons pas irréprochable, mais nous tenons à faire remarquer qu'elle lui était en quelque sorte imposée par le programme même du cours, arrêté entre les professeurs des quatre universités de Belgique « pour limiter convenablement le champ de la controverse, et donner à l'enseignement des Pandectes l'unité qui a été jugée nécessaire. »]

(1) V. L. 26, § 1, D. XL, 3; — L. 46, § C, I, 3. — Voyez plus haut, n° 312.

(2) PAULI *Sentent.*, L. III, Tit. VIII, § 4.

pore tardae solutionis. Mais la L. 87, § 1, D. XXXI, dit de cette même *mora ex re* en faveur des mineurs, qu'elle n'est pas une demeure proprement dite, car la *mora* proprement dite, ajoute le texte, ne cesse pas à l'époque de la majorité, elle est perpétuelle; et en effet les offres, comme nous l'avons vu ailleurs, n'en font disparaître les effets pour l'avenir, que par voie d'exception.

La L. 32, D. XXII, 2, conteste également à la *mora ex re*, le véritable caractère de la demeure : *Mora fieri intelligitur, non ex re, sed ex persona; id est si interpellatus opportuno loco, non solverit*. Or, d'après la L. 87, § 1, D. XXXI, *non ex re*, signifie *non ex solo tempore tardae solutionis*. — Enfin la L. 127, D. XLV, 2, dit : *Nulla enim mora ibi fieri, ubi nulla petitio est*.

Que faut-il conclure de ces différentes lois?

D'abord que la *mora ex re*, ou comme l'appelle la L. 87, § 1, D. XXXI, la *mora ex solo tempore tardae solutionis*, est une *mora*, ensuite qu'elle n'en est pas une; à-peu-près comme la *naturalis possessio* est suivant quelques textes une *possessio*, et comme suivant d'autres elle n'en est pas une; d'où nécessairement la conséquence qu'en règle générale au moins la *mora ex re* est une demeure différente de la *mora ex persona*, que les caractères de la deuxième ne sauraient être communs à la première. Nous dirons en règle générale, parce que nous verrons plus loin que *mora ex re* n'a pas toujours la même signification, à-peu-près comme les mots *possessio naturalis* ont aussi été employés dans des sens différents.

Nous terminons ces observations par la citation d'un texte qui à lui seul suffit pour établir la double signification du mot : *Si quis solutioni quidem moram fecit*, dit la L. 24, D. XXII, 1, *judicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram; utique si juste ad judicium provocavit*. Cette loi montre à l'évidence que *mora* a une double signification, une signification naturelle, et une technique ou juridique.

542. Quelle est la signification naturelle du mot *mora*, quelle est sa signification technique, et en quoi l'une diffère-t-elle de l'autre?

Dans sa signification primitive, *mora* veut dire un laps de temps déterminé, un délai; le mot dérive du mot grec *μωρα*,

une partie, et les Latins l'ont employé pour désigner une partie de temps, un laps de temps, un délai. Les expressions *moram facere*, *moram inferre alicui rei*, signifient différer ou retarder une chose. C'est dans ce sens que le mot est employé à la L. 7, D. XXXVI, 2: *Heredis aditio moram legati quidem petitioni facit, cessioni diei non facit*, pour dire : l'adition de l'hérédité retarde bien le *dies veniens*, le moment où le legs peut être exigé et poursuivi, mais non le *dies cedens*, le jour où le legs est assuré au légataire et transmissible à ses héritiers. Dans sa signification naturelle, *mora* veut dire retard, *esse in mora*, être en retard, avoir différé. *Moram facere solutioni* signifie à la L. 24, D. XXII, 1, être en retard de faire le paiement.

C'est en ce sens qu'on peut dire que celui qui diffère d'exécuter son obligation, est *in mora* ou *facit moram solutioni*, quoique, à voir la signification technique du mot, celui qui fait un paiement tardif, ne soit pas pour cela seul *in mora*. La L. 7, § 4, D. XXII, 1, nous le dit en toutes lettres : *Ex locato qui convenitur, nisi convenerit ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, non nisi ex mora usuras praestare debet*.

345. Si en matière d'obligation, *mora*, dans le sens naturel du mot indique simplement l'omission de faire le paiement au temps où il peut être exigé, que faut-il donc de plus pour qu'il y ait *mora* dans le sens technique ou juridique?

La L. 32, D. XXII, 1, répond qu'il faut l'*interpellatio*; et la L. 127, D. XLV, 1, dit dans le même sens : *nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est* (1). Ce n'est pas le retard pur et simple, c'est le retard après que le créancier a sommé le débiteur de payer, qui constitue la demeure dans le sens juridique, dans le sens proprement dit. En effet il est certain, dès le moment de la sommation, que par le retard le créancier est lésé dans ses intérêts; tant qu'il n'interpelle pas le débiteur, il n'est pas censé avoir intérêt à ce que le débiteur paie à l'instant plutôt que dans un délai plus ou moins considérable; tant que le débiteur n'est pas interpellé, aucune faute ne lui est imputable, car pour qu'une

(1) Compar. PAULI, *Sentent.* III, tit. 8, § 4; — L. 83, D. L, 17.

faute lui fût imputable, il faudrait qu'il fût démontré qu'il a dû livrer la chose au créancier, tandis que dans la plupart des cas c'est le créancier qui doit venir la prendre chez lui. Aussi n'est-ce que par exception, que nous verrons attachés au simple retard des effets préjudiciables au débiteur. Il en est autrement lorsqu'il y a interpellation; le débiteur qui n'a pas purgé sa sommation devient en quelque sorte débiteur perpétuel de la chose, pour que les intérêts du créancier soient sauvegardés, et, dans les obligations qui sont susceptibles de dommages et intérêts moratoires, c'est-à-dire dans les obligations *bonae fidei*, les dommages-intérêts commencent à courir dès le même instant.

Quant à la perpétuation de l'obligation, il faut remarquer que nos textes, lorsqu'ils parlent de cet effet de la demeure sur interpellation, disent simplement *INTERPELLARE*, au lieu de *constituer en demeure*, tellement il est vrai que l'interpellation est de l'essence de la demeure et en résume tous les effets.

Par conséquent l'interpellation comme condition essentielle, ou ce qui peut être assimilé à l'interpellation d'après les explications qui vont suivre, la perpétuité de l'obligation, et enfin les dommages-intérêts moratoires comme effets, tels sont les caractères essentiels de la demeure proprement dite, de cette demeure à laquelle seule plusieurs textes veulent accorder le nom de *mora*, et qui consiste dans un retardement frustratoire et imputable, puisqu'il prive le créancier de la chose, demeure que nous pouvons avec Wolf appeler subjective. Le simple retard dans le paiement, est la demeure dans le sens naturel du mot ou la demeure objective.

344. Si maintenant nous passons à la recherche des effets du simple retard d'après la nature différente des obligations et la qualité du créancier, nous y trouverons la confirmation des distinctions que nous venons d'établir.

1° Dans les obligations pénales, la peine est encourue par le simple retard, sans aucune interpellation (1), et quoique l'on enseigne généralement que la peine n'est encourue que lorsque le

(1) V. la L. 12, C. VIII, 38, et plus haut le n° 159 où nous l'avons rapportée.

débiteur a pu exécuter l'obligation principale, et ne l'a point fait, quoique ce principe, conforme d'ailleurs à l'équité, ait été sanctionné dans le droit prétorien, et se trouve appliqué dans toutes les stipulations prétoriennes; cependant dans les stipulations conventionnelles régies par le strict droit, la peine était encourue alors même que le débiteur avait été empêché de payer; car l'obligation pénale suivait les principes de l'obligation conditionnelle, le non-paiement était considéré comme une condition de la peine, et cette condition accomplie, la peine était due, qu'il y eût faute ou non de la part du débiteur. C'était seulement au cas où l'empêchement était venu *a parte creditoris*, si *per creditorem steterit quominus solveretur*, au cas où le créancier qui devait profiter du défaut de paiement, avait rendu le paiement impossible, que la peine n'était pas encourue par le retard du débiteur (1).

Il en était de même lorsque le créancier stipulait des intérêts pour le cas où le débiteur ne paierait pas, ou lorsque le vendeur stipulait la clause commissaire. Dans ces deux cas, nulle interpellation n'était nécessaire pour faire courir les intérêts, ou pour acquérir au vendeur la faculté de résoudre le contrat. Le non-paiement au terme fixé, en vertu de la convention même, fut considéré comme la condition sous laquelle les intérêts étaient dûs, sous laquelle l'acheteur perdait ses droits *ex contractu venditionis*. Dès lors aussi, comme un cas de clause pénale ajoutée à une stipulation conditionnelle, il importait peu que l'événement eût lieu par la faute du débiteur ou autrement, pourvu que le créancier n'eût pas empêché le paiement, alors que le débiteur était prêt à payer (2).

Un autre effet du simple retard est que dans les obligations d'un *facere*, l'estimation, le *quanti res est*, prend la place du fait primitif, car personne ne peut être contraint à l'exécution de pareil engagement : *nemo ad factum cogi potest*. Toutefois, à moins que le fait ne soit de nature à ne pouvoir s'accomplir avec avantage

(1) L. 8, D. XII, 2; — L. 74, D. L, 17.

(2) L. 9, § 1, D. XXII, 1; — L. 4, § 4, D. XVIII, 2.

que dans un temps convenu, le débiteur conservait jusqu'à la litis-contestation, le droit de se libérer en prestant le fait même (1).

2° Parcillement, dans les obligations qui doivent s'exécuter en un certain temps, le simple retard autorise le créancier à poursuivre ailleurs l'estimation que la chose a au lieu où elle devait être livrée. Mais ce n'est qu'au cas où le créancier a été sur le lieu, prêt à recevoir, et où le débiteur a par son absence rendu la sommation impossible (*si per reum steterit quominus solveretur*), que le créancier peut poursuivre tous dommages-intérêts. Cette différence entre le simple retard et le retard après interpellation ou *si per reum steterit quominus solveretur*, explique la distinction de la L. 8, D. XIII, 4. Du chef du simple retard, dit cette loi, le créancier peut, à l'effet d'obtenir l'estimation, actionner la caution; du chef de retardement sur sommation, soit qu'elle ait eu lieu, soit que le débiteur l'ait rendue impossible (*quod per reum steterit*, dit le texte), la caution ne peut pas être poursuivie, elle ne saurait être tenu d'une obligation nouvelle qui a sa cause, non dans la convention cautionnée, mais dans un fait postérieur, dans une faute du débiteur principal.

Il en est de même des obligations, qui ne peuvent s'exécuter utilement que dans un certain temps. Dès le moment où l'exécution devait avoir lieu, celle-ci est remplacée par les dommages-intérêts, et le créancier peut demander le *quod interest*, sans interpellation préalable, sans que le débiteur puisse encore valablement exécuter l'obligation primitive.

3° Le simple retard, indépendamment de toute sommation, oblige l'acheteur à payer les intérêts du prix dès l'instant où le prix même pouvait lui être demandé par le vendeur, c'est-à-dire où celui-ci a fait livraison. C'est là un effet que l'équité attache au simple retard, car, dit la L. 15, § 20, D. XIX, 1, il serait inique que l'acheteur jouit à la fois de la chose et du prix.

4° Certains effets du simple retard, sont établis par forme de privilège au profit de certains créanciers, tels sont les corporations pieuses, le fisc, les mineurs. Ces créanciers ont droit aux

(1) L. 84 et L. 98, D. XLV, 1. — WOLFF, *Op. cit.*, p. 99, 102.

intérêts, aux fruits de la chose dès le jour où le paiement aurait pu être poursuivi, quand même aucune sommation n'a été faite.

3° Enfin le simple retard à acquitter le loyer ou le fermage pendant deux ans, entraîne pour le fermier la perte des droits nés du contrat, dont le propriétaire pourra demander la résolution comme en vertu d'une espèce de clause commissaire sous-entendue. Il en est de même du colon qui pendant trois ans a tardé de payer le canon. Mais la seule échéance du loyer ne suffit pas pour constituer à elle seule une demeure proprement dite, ou la déchéance du droit de bail; car, distinguant le simple retard de la demeure, la L. 17, § 4, D. XXII, 1, nous dit que les intérêts des arrérages ne sont dus qu'à partir de celle-ci : *ex locato qui conventur, nisi convenerit ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, non nisi ex mora usuras praestare debet.*

343. Les effets que nous venons d'énumérer, sont les seuls qui soient attachés au simple retardement. La perpétuation de l'obligation et le risque et péril, ne sont attachés qu'à la demeure sur sommation, et il en est généralement de même des intérêts moratoires. Nous disons généralement, car dans les cas énumérés au numéro précédent (3° et 4°), les intérêts sont dus par l'effet seul du simple retard, soit à cause de l'équité, soit en faveur des personnes.

Nous avons dit plus haut, que si la sommation a des effets extraordinaires, des effets qui ne peuvent résulter de la convention, c'est que la sommation faite, le retard du débiteur prend réellement le caractère d'une *injuria*, car le créancier est malgré lui privé de ce qui lui revient. A cela il faut ajouter que dans quelques cas, alors même qu'il n'y a pas de sommation formelle, l'omission de payer ne constitue pas moins une *injuria*; c'est pourquoi dans ces cas aussi il y a demeure, comme si la sommation avait été faite en termes formels. C'est ce qui a lieu :

1° Lorsque le créancier prouve qu'il a voulu faire la sommation au débiteur, mais que l'absence non justifiée de celui-ci l'en a empêché : *Labeo ait, dit la L. 2, D. XXII, 2, si nemo sit qui a parte promissoris interpellari tracjectitiae pecuniae possit, id ip-*

sum testatione complecti debere ut pro petitione id cederet (1).

2° Lorsqu'une chose a été enlevée au propriétaire clandestinement ou par violence. — La L. 28, D. XIII, 1, est ainsi conçue : *Licet fur paratus fuerit excipere conditionem, et per me steterit, dum in rebus humanis res fuerat, condicere eam, postea autem perempta est, tamen durare conditionem veteres voluerunt : quia videtur qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere*. Elle fonde la demeure sur ce que le voleur détient la chose *invito domino*, de même que le débiteur interpellé garde la chose *invito creditore*. Le même motif s'applique *a fortiori*, au spoliateur : *quis enim magis*, dit le Pr. Inst. IV, 2, *alienam rem invito domino contrectat quam qui vi rapit?* (2)

Du reste Wolf dit fort bien que le vol lui-même implique sommation, parce que par la clandestinité de l'enlèvement, le voleur a rendu la sommation impossible; et que la violence implique sommation, parce que par la violence même, le spoliateur a montré qu'il ne déferait point à la sommation (3). Il suit de là que la demeure du voleur et du spoliateur, est une demeure perpétuelle; elle est renfermée dans le fait, *venit ex facto* (4), et elle subsiste tant que le vol n'est pas purgé, tant que la possession n'a pas cessé d'être violente.

546. Il résulte de ce qui précède, que la demeure proprement dite, c'est-à-dire le retard soit au cas de sommation, soit au cas où la sommation est rendue impossible par le fait du débiteur, au cas de vol ou de spoliation, est toujours imputable au débiteur à cause de la sommation explicite ou implicite, et acquiert un caractère frustratoire. C'est ce qu'indique parfaitement la L. 32, D. XXII, 1, en déclarant que la demeure ne résulte pas du lien obligatoire seul, *ex re*, mais seulement *ex persona*, c'est-à-dire de l'interpellation : *Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est si interpellatus opportuno loco, non solverit*.

(1) Voir encore L. 23, D. XXII, 1.

(2) Compar. L. 1, § 24, et L. 17, D. XLIII, 16.

(3) Wolf, *Op. cit.*, § 25.

(4) L. 17, D. XIII, 1.

Cependant nous venons de voir que des effets particuliers sont attachés au simple retardement, et de là vient qu'on se sert de l'expression *mora ex re* quand on veut attacher ces effets à une cause qui n'est point personnelle. Dans ce sens, mais dans ce sens seulement, plusieurs textes parlent d'une *mora ex re* (1), pour désigner l'un ou l'autre des effets que nous avons indiqués au n° 344 au nombre de cinq, mais jamais pour désigner la véritable demeure, avec tous les effets que nous connaissons, et qui ne saurait naître du simple retard. S'il n'en était pas ainsi, il y aurait entre les textes que nous venons de citer, d'une part, et la L. 32, rapportée plus haut, ainsi que la L. 88, D. L, 17, et le § 4 PAULI Sent. III, 8, d'autre part, une contradiction inexplicable.

Il n'y a qu'un seul cas où la demeure proprement dite soit qualifiée, non pas de *mora ex re*, mais de *in re moram esse*; ce cas est celui où le débiteur, par son absence non justifiée, a rendu la sommation impossible. La L. 23, § 1, D. XXII, 1, dit à ce sujet : *Alioquin etiam in re moram esse decerni solet, si forte non exstat qui conveniatur*. Et en effet d'après le principe général de la L. 24, D. XXXV, 1 (2), la sommation est censée faite. C'est d'ailleurs ce que la L. 2, D. XXII, 2, nous déclare en toutes lettres : il suffit, dit-elle, que le créancier constate l'impossibilité de sommer le débiteur, pour que la sommation soit censée faite. Mais ce seul cas de la L. 23 excepté, la *mora in re*, ou *re ipsa*, comme disent les textes, ne se rapporte qu'au simple retard.

Cependant tel n'est pas, en général, le sens qu'on attache à *mora ex re*; confondant le simple retard auquel les lois attachent quelquefois les effets énumérés plus haut, avec la demeure proprement dite dont les effets sont généraux et caractérisés par la perpétuité de l'obligation, on dit : en général toute demeure repose sur une *culpa*; cette *culpa* peut consister, ou bien en ce que le débiteur particulièrement sommé n'a pas déféré à la som-

(1) L. 26, § 1, D. XL, 5; — L. 5, D. IV, 4; — L. 3, § 2, D. XXXIV, 4; — L. 3, C. II, 41.

(2) L. 24 : *Jure civili receptum est, quoties per eum cujus interest conditionem non impleri, fit quominus impleatur, ut perinde habeatur ac si impleta fuisset.*

mation (*mora ex persona*), ou bien en ce que le débiteur a négligé de payer ce que la loi l'oblige de payer sans retard (*mora ex re*); là c'est le créancier qui constitue le débiteur en demeure; ici, c'est la loi. D'après cette théorie il n'y a qu'une demeure, et la *mora ex persona* et la *mora ex re* ne diffèrent pas essentiellement; elles sont également imputables. La *mora ex persona*, dit-on, serait la règle, c'est-à-dire qu'en règle générale il faudrait l'*interpellatio*; la *mora ex re* serait l'exception, c'est-à-dire que dans quelques cas exceptionnels l'omission de payer est envisagée comme équivalente à elle seule à la demeure qui a lieu sur sommation. La loi, dit-on, établit ces exceptions soit en faveur de certains créanciers, soit en haine de certains débiteurs : *mora quae favore contrahitur*; *mora quae odio nascitur* (1).

Dans ce système, les cas de demeure qui impliquent sommation, comme par exemple la demeure du voleur, celle du spoliateur, la demeure du débiteur absent qui a empêché le créancier de faire la sommation qu'il aurait voulu faire, sont confondus avec les cas où il n'y a pas d'*interpellatio* ni explicite ni implicite, comme dans le simple retardement au cas où le créancier est un mineur, le fisc, ou une corporation pieuse; enfin la *culpa* serait bien encore la base de la demeure, mais elle serait présumée par la loi, avec toutes les conséquences qui s'y rattachent.

Cette présomption de la faute répugne au génie du droit romain, où l'obligation de réparer le dommage est strictement subordonnée à l'imputabilité, qui dans un bon système de législation ne saurait se présumer. D'ailleurs comme la sommation faite au débiteur le constitue en faute grave, assimilée au dol, ce serait en définitive la faute grave ou le dol que la loi présumerait dans certains cas, ce qui est contraire à la règle que le dol ne se présume pas.

Du reste cette théorie est repoussée par les textes déjà souvent cités, qui requièrent l'interpellation (2) et qui dévient à la *mora*

(1) Compar. MÜHLKNECHT, *Doctr. Pand.*, § 370. — MADAI, *Op. cit.*, § 3, p. 25.

(2) L. 32, D. XXII, 1, § 4. — PAULI *Sentent.* III, 8, § 4; — L. 88, D. L, 17.

ex re, c'est-à-dire à la *mora* sans interpellation explicite ou implicite, le véritable caractère de la demeure. Aussi n'est-ce qu'en recourant à une pure hypothèse que Madai cherche à concilier avec son système l'un de ces textes, la L. 32, D. XXII, 1, conçue en ces termes : *Mora fieri intelligitur non ex re sed ex persona, id est si interpellatus opportuno loco, non solverit*. Avant d'écrire ces lignes, le jurisconsulte Marcien venait, dit-il, de traiter de la *mora ex re*, et la L. 32 s'explique naturellement comme transition de cette *mora* à la *mora ex persona*; d'où il résulterait que la L. 32 ne dénierait point le caractère de la demeure à la *mora ex re*.

Si cette loi était le seul passage où ce caractère fût dénié au simple retardement, à la *mora ex re*, et que d'ailleurs l'explication que l'on donne de la *mora ex re*, comme reposant sur une *culpa* présumée par la loi, ne fût pas contraire aux principes, cette explication aurait au moins le mérite d'être plausible. Mais ce que nous venons de dire, et les textes cités plus haut, dont il résulte que la *mora ex solo tempore tardae solutionis* n'est pas une demeure véritable, doivent faire repousser cette hypothèse. Selon nous il n'y a qu'une seule demeure, c'est celle qui est constituée sur sommation, ou qui résulte d'actes qui impliquent sommation : par exemple, celle qui résulte du vol, de la spoliation, ou de la circonstance que le débiteur, par son absence, a rendu l'interpellation impossible; et cette demeure implique faute, et même faute grave ou dol. Le simple retard de payer est quelquefois qualifié de *mora ex re*, lorsque les lois y attachent certains effets, mais jamais le simple retard ne saurait entraîner tous les effets de la demeure après sommation. C'est par ce motif que des textes formels disent que la *mora ex re* n'est pas une *mora*, et qu'aucun texte n'attribue à une pareille *mora* l'effet de perpétuer l'obligation du débiteur.

347. C'est par suite de cette confusion du simple retard avec la demeure proprement dite, que la question de savoir si la demeure implique faute ou non, a pu être controversée.

La plupart des auteurs requièrent la faute comme condition de la demeure (1). Ils invoquent les L. 25, § 1, D. IV, 8, et la L. 2,

(1) MADAI, § 2; — MEHLERBRUCH, *Doctr. Pand.*, § 371, note 17. — WENING, *Zeitschrift für Civilrecht und Process*, I, p. 356.

§ 1, D. II, 4. Mais Gluck, Maekeldej, Schoemau soutiennent l'opinion contraire, en se fondant :

1° Sur les L. 9, D. XXII, 2, et 49, § 2, D. XLV, 1, d'où il résulte que la peine est encourue alors même que le débiteur a été dans l'impossibilité de payer, pourvu que cette impossibilité n'ait pas été causée par le fait du créancier;

2° Sur ce qu'il aurait fallu, s'il était vrai que la faute fût une condition de la demeure, que les lois eussent distingué plusieurs degrés de la faute pour la demeure, comme elles en ont distingué plusieurs pour les détériorations de la chose.

Pour ceux qui confondent le simple retard avec la demeure proprement dite, la difficulté est inextricable; les textes sont aussi positifs pour une opinion que pour l'autre; mais pour nous, nous voyons dans cette opposition même, un motif nouveau et impérieux de distinguer des choses qui dans les sources sont distinguées, et par leur nom, et par leurs conditions, et par leurs effets. La demeure proprement dite, celle qui consiste dans l'interpellation ou dans les actes équivalents, implique par cela même qu'il y a faute. Mais le simple retard a des effets conventionnels lors même que le débiteur n'est pas en faute, ou plutôt la convention produit des effets qui dépendent du simple retard comme d'une condition. C'est ce que prouvent les L. 9, D. XXII, 1, et L. 49, § 2, D. XLV, 1. Ceux qui confondent le simple retard avec la demeure n'ont rien à répondre à l'argument tiré de ces textes, tandis que selon nous ces textes ne s'appliquent pas à la demeure proprement dite.

Et quant au deuxième argument sur lequel Gluck et Maekeldej se fondent, nous répondrons que s'il est vrai qu'il ne peut y avoir demeure sans qu'il y ait au moins faute grave, l'on comprendra aisément qu'il était inutile, même impossible, de traiter des degrés de la faute en matière de demeure. La circonstance que les lois n'y distinguent pas de degrés de la faute, sert donc à prouver que la demeure fondée sur sommation, implique toujours par cela même qu'il y a faute grave.

348. A la question que nous venons d'examiner se lie étroitement celle de savoir si dans les obligations à terme la seule

échéance du terme constitue le débiteur en demeure, c'est-à-dire si l'on doit admettre la règle : *dies interpellat pro homine*.

Cette règle, sur laquelle on a disputé depuis le temps des glossateurs, fut généralement repoussée en France, tandis que la jurisprudence et la doctrine l'admirent en Allemagne. Dans ce dernier pays elle fut d'abord contestée dans les leçons de Savigny, et bientôt après dans une dissertation de Neustetel (1). Thibaut défendit la règle contre les attaques de Neustetel (2); De Schroeter fournit de nouveaux arguments contre elle (3); enfin Madai et Mühlenbruch, écrivant depuis De Schroeter, essayèrent de réfuter les arguments de celui-ci, et persistèrent à admettre la règle, comme fondée sur des textes nombreux (4).

Avant de nous prononcer sur la question, nous essayerons de résumer la controverse dans ses points principaux.

349. Ici se présente naturellement comme point de départ, l'article de Neustetel. Les arguments que ce jurisconsulte a fait valoir contre la règle qui nous occupe, sont les suivants :

1° Le créancier qui ne somme pas le débiteur d'exécuter l'obligation, est censé consentir à ce que l'exécution en soit différée. Donc dans le simple retard il n'y a ni *injuria*, ni aucune faute imputable au débiteur; aucune faute qui puisse lui faire supporter les effets de la demeure. La règle *dies interpellat pro homine*, méconnaît ce principe, et n'eut jamais été admise, si elle n'était le fruit d'une erreur qui consiste à confondre la demeure avec les effets conventionnels de la stipulation pénale.

2° Les textes sur lesquels on veut fonder la règle, sont les

(1) La dissertation de Neustetel a été insérée dans le vol. V du recueil : *Archiv für die civilistische Praxis* (Heidelberg).

(2) Dans le même recueil, vol. VI.

(3) *Zeitschrift für Civilrecht und Process*, herausgeg. von LINDEN, MARZOLL; und WENING-INGENHEIM. Tome IV et tome VIII.

(4) H. DONELLUS, *Comment. jur. civ.*, Lib. XVI, c. 2. — NOODT, *De usuris*, Lib. III, c. 10, — admettent la règle; il en est de même, parmi les modernes de : MAKELDEY, VALITY et MOHL, outre les auteurs que nous venons de citer. — Mais WENING, FRANCKE, WARNKOENIG, MAIJER et WOLF se sont prononcés pour l'opinion qui a prévalu dans la jurisprudence française.

L. 23, D. XLIV, 7; — L. 40, D. XII, 1; — L. 12, C. VIII, 38; — L. 77 et L. 114, D. XLV, 1. Or, en argumentant des quatre premiers, on confond l'effet de la clause pénale avec la demeure; et quant au dernier, on peut établir que l'on d'être favorable à la règle, il y est contraire. Les sources du droit romain ne contiennent donc aucun texte sur lequel la règle puisse être fondée, encore moins y trouve-t-on l'énonciation de la règle elle-même.

3° Il y a plus : Marcieu dit formellement, à la L. 52, D. XXII, 1, sans distinguer entre l'obligation à terme et l'obligation sans terme, qu'il n'y a pas de demeure sans sommation; et si l'on remarque que, d'après la L. 23, D. XLV, 1, les expressions *per debitorem stetit*, veulent dire que le créancier a été prêt à recevoir, tandis que le débiteur sommé n'était pas prêt à livrer, la L. 114, D. XLV, 1, loin de prouver pour la règle, prouvera contre elle, prouvera que même dans les obligations à terme, il faut l'interpellation; car les mots *per debitorem steterit* signifient que le débiteur a été interpellé, comme les mots *per creditorem steterit* veulent dire que des offres ont été faites.

La L. 49, § 3, D. XLV, 1, proteste aussi contre l'interprétation qu'on a voulu donner à la L. 114. D'après cette loi, le débiteur qui a terme, n'est pas constitué en demeure s'il a été interpellé avant le terme; donc le débiteur doit être interpellé pour être en demeure.

La même conséquence résulte encore de la L. 17, § 4, D. XXII, 1, qui décide que le locataire qui ne paie pas au terme fixé (*tardius illata pecunia*) ne doit pas les intérêts, à moins qu'il n'ait été constitué en demeure. Donc la seule échéance du terme ne constitue pas le débiteur en demeure.

Enfin quant à la L. 12, C. VIII, 38, elle prouve bien que la peine est due par la seule échéance du terme, mais ni sa teneur ni ses motifs ne permettent de l'étendre à la demeure, de l'étendre aux effets non stipulés par la convention même (1).

350. Thibaut a répondu :

1° Quant au premier argument, que s'il était vrai que le créan-

(1) Cette loi se trouve transcrite plus haut, au n° 159.

cier qui ne somme pas le débiteur, fût censé consentir à ce que l'exécution fût différée, on devrait dire que même les effets conventionnels attachés au simple retard, ne sauraient avoir lieu sans sommation, conséquence que les textes condamnent formellement.

1° Que si dans les obligations pénales la peine est encourue par la seule échéance du terme, cela a lieu, d'après la L. 12, C. VIII, 38, en vertu d'une règle générale, à savoir : que le débiteur qui a faite une promesse, doit en garder le souvenir, et n'a pas le droit d'exiger qu'un autre vienne la lui rappeler, règle qui s'applique à toutes les obligations à terme.

2° Enfin, quant à la L. 32, D. XXII, 1, Thibaut fait remarquer qu'elle ne prouve ni pour ni contre la règle, parce qu'il est incontestable, quel que soit le sens de ce texte, qu'il y a une *mora ex re*.

Les objections de Thibaut ne démontrent qu'une chose, à savoir, que le premier argument de Neustetel est trop général.

351. De Schroeter, reprenant la théorie de Neustetel, a argumenté comme suit.

Toute demeure, dit-il, exige nécessairement que le retard puisse être imputé au débiteur. Or il ne peut être imputé si le débiteur n'a pas été sommé; donc la demeure, comme le disent d'ailleurs les textes, ne saurait exister sans sommation.

Le terme est ajouté, en général, dans l'intérêt du débiteur, donc le créancier ne saurait en tirer avantage. Cependant il en tirerait avantage si la seule échéance du terme constituait le débiteur en demeure.

L'échéance du terme n'a d'autre effet que de rendre pure et simple une obligation qui primitivement était à terme; donc si l'on reconnaît que dans l'obligation pure et simple, dans l'obligation sans terme, il faut l'interpellation pour constituer le débiteur en demeure, on doit par cela même exiger aussi l'interpellation après l'échéance du terme.

Enfin, aux textes déjà cités contre la règle par Neustetel, De Schroeter ajoute les L. 26 et 55, D. L, 5, et L. 5, IV, 49.

352. Le système d'après lequel le débiteur ne serait pas constitué en demeure par la seule échéance du terme, paraît à

Mühlenbruch (1) dur et inique pour le créancier, qui, lorsqu'il s'agit d'une *species*, continuera de porter les risques et périls de la chose après que le terme est échu.

Cette observation ne prouve rien par elle-même, car tout dépend de la question de savoir si par le seul retard de payer, le débiteur commet une faute, ou non. S'il ne commet aucune faute imputable, il n'est pas contraire à l'équité que le créancier porte le péril, après comme avant l'échéance.

Le même auteur fait observer en second lieu, qu'il ne faut pas confondre le moment où la dette est due, où l'action est née, avec l'échéance d'un terme fixe établi par la convention (2).

Cette observation, qui tend à repousser l'argument de De Schroeter disant qu'à l'échéance du terme l'obligation à terme devient pure et simple, a au fond quelque chose de vrai. En effet l'obligation à terme conserve toujours un caractère propre, même après l'échéance. Cela est si vrai que dans les obligations *stricti juris* le moment d'après lequel s'estime le prix de la chose, est celui de l'échéance du terme. L'observation de Mühlenbruch est donc fondée, mais elle ne repousse qu'un des arguments de ses adversaires.

Et troisième lieu, Mühlenbruch prétend que l'on n'a pas prouvé que la faute du débiteur ne peut être fondée que sur l'interpellation.

En effet c'est là une preuve que Neustetel et De Schroeter n'ont pas faite, mais qui a été fournie depuis par Wolf, comme nous le montrerons plus bas.

Ensuite Mühlenbruch fait remarquer qu'il n'est pas prouvé non plus que le terme soit seulement établi au profit du débiteur.

Mais cette remarque n'est point fondée, car si le terme peut aussi être stipulé dans l'intérêt du créancier, il n'en est pas moins vrai que dans le doute, et en règle générale, le terme est supposé stipulé dans l'intérêt du débiteur (3).

(1) *Doctr. Pand.*, § 371, note 8.

(2) Il invoque la L. 17, § 4, D. XXII, 1.

(3) Voyez plus haut, le n° 147.

Enfin, dit cet auteur, en citant la L. 12, C. VIII, 38, déjà chez les jurisconsultes romains des doutes ont existé sur cette question.

Cette dernière observation est inexacte; des doutes n'ont existé, comme le prouve la L. 12, que sur la question de savoir si, pour que la peine même fût encourue, il ne fallait pas d'interpellation directe; et Neustetel a fort bien expliqué ces doutes en rapprochant de la décision de Justinien à la L. 12, la L. 23, D. XLIV, 7.

En somme, il est évident que des observations de Mühlenbruch, quelques-unes prouvent seulement que plusieurs arguments proposés par les adversaires de la règle : *dies interpellat pro homine*, ne sont pas concluants; mais cet auteur ne dit rien qui démontre la vérité même de la règle, les arguments tirés des textes ne sont point réfutés, et les considérations générales qui selon nous dominent cette question, sont à peine effleurées.

353. Madai est à vrai dire le premier auteur qui ait considéré la question dans son ensemble; et il montre bien où est le nœud de la difficulté, quand il dit que pour donner une solution satisfaisante, il faut rechercher avant tout la nature et les caractères fondamentaux de la *mora*, et la nature et le but de l'interpellation, ainsi que du terme ajouté à la convention.

Quant à l'interpellation, dit Madai (1), elle est la déclaration faite au débiteur de payer en un temps déterminé. Elle a donc pour but de convertir en une obligation à terme celle qui était sans terme. Il suit de là que, dans toute obligation pure et simple, l'interpellation est un acte nécessaire pour mettre un terme à la durée de l'obligation, qui sans cet acte serait indéfinie. Et si tel est le but de l'interpellation, de convertir en obligation à terme celle qui est pure et simple, il s'ensuit que dans l'obligation à terme l'interpellation est inutile.

A cet argument nous répondrons que l'interpellation, si elle est autre chose que la sommation de payer à l'instant et sans retard, n'est plus une sommation véritable mais la concession d'un délai, un acte par lequel le créancier renonce au droit qu'il a dans toute obligation pure et simple, d'être payé à l'instant du contrat. Le

(1) MADAI, *Traité de la Demeure*, § 141.

but véritable de l'interpellation est non de fixer un terme à l'obligation sans terme, mais bien de faire connaître au débiteur que le créancier est prêt à recevoir le paiement auquel il a droit, et que le débiteur ne peut le retenir davantage, sans le frustrer; de même que le but des offres est de montrer que le débiteur est prêt à payer.

Madai dit encore que dans l'obligation à terme le simple retard est imputable au débiteur, puisque le terme ayant été fixé à l'avance, le débiteur savait qu'il devait payer à ce terme, et le créancier avait manifesté par la convention la volonté d'être payé au terme fixé, si bien que l'interpellation se trouve dans le terme même, d'où la règle : *dies interpellat pro homine*. Madai et les auteurs qui reproduisent cet argument, veulent donc voir une faute dans le simple retard du débiteur à terme, car en général ils requièrent la faute pour qu'il y ait demeure. Or, c'est ce que nous contestons. Si donc nous montrons qu'il n'y a pas de faute dans le simple retard, nous pouvons en conclure que la règle même n'est pas fondée.

354. Nous disons donc que le simple retard, qu'il s'agisse d'obligations à terme, ou d'obligations pures et simples, ne saurait être imputable qu'aux conditions que voici :

1° Que le débiteur soit obligé de livrer la chose aux mains du créancier, ou tout au moins de faire des offres;

2° Qu'il ait connu l'existence de l'obligation, qu'il ait su qu'il était débiteur.

Si l'une de ces deux conditions seulement fait défaut, le retard n'implique pas faute, et la demeure fondée sur l'échéance du terme, sur la règle : *dies interpellat pro homine*, ne saurait être admise.

355. Voyons donc si le débiteur est tenu de livrer la chose aux mains du créancier, ou tout au moins de faire des offres, et remarquons que si cette obligation ne lui incombe pas, on est bien plus fondé à imputer le retard au créancier, c'est-à-dire à admettre qu'il y a demeure de la part du créancier qui ne se présente pas pour recevoir la chose, ou qui ne fait pas de sommation au débiteur, qu'à mettre la demeure à charge de ce dernier. Or,

l'obligation pour le débiteur de livrer la chose aux mains du créancier, peut tout au plus être admise en matière de louage et d'emphytéose. Quoique aucun texte formel ne l'établisse, on doit l'admettre, non pas eu ce sens que l'échéance du terme impliquerait demeure, car la L. 17, § 4, D. XX, 1, déjà rapportée plus haut, proteste contre cette supposition, mais en ce sens que la seule omission de payer pendant 2 et 3 ans, autorise le propriétaire à expulser le fermier ou le colou. L'obligation pour le débiteur de livrer ou de faire des offres doit encore être admise lorsqu'un certain lieu est conveuu pour le paiement. Dans ce cas le débiteur doit, si les objets ne s'y trouvent, les y faire transporter. C'est pourquoi le débiteur est dans ce cas constitué en demeure par cela seul qu'il ne s'est pas trouvé au lieu indiqué. La désignation d'un lieu déterminé pour l'exécution, implique donc la convention que le débiteur y transportera les objets pour les y livrer au créancier, qui doit s'y présenter. Mais ces dispositions ne sauraient être considérées que comme exceptionnelles. En règle générale, les textes prouvent que ce n'est pas au débiteur de présenter la chose au créancier, mais à celui-ci de la prendre chez le débiteur. Les L. 9, D. XIX, 1; L. 3 et L. 13, D. XVIII, 6, sont formelles à cet égard; et la L. 1, § 3, D. XVIII, 6, prouve qu'il n'en est pas autrement alors que l'obligation est *in diem*. Un jour a été fixé pour le mesurage et la livraison du vin; le vendeur, si le jour est expiré, pourra sommer le vendeur *ut tollat*, enfin qu'il enlève la chose vendue. C'est donc l'acheteur, le créancier qui doit prendre la chose chez le débiteur, et s'il ne le fait pas, le vendeur après avertissement accompagnant la sommation, sera autorisé de repandre le vin.

Donc, d'après ces textes, dans l'obligation à terme comme dans l'obligation pure et simple, le débiteur n'est pas obligé de livrer la chose aux mains du créancier.

S'il s'agit d'immeubles, il est évident encore que le créancier ne peut pas rester inactif, qu'il doit se présenter pour que la livraison puisse lui être faite.

Par conséquent, si l'exécution tardive est imputable à quelqu'un, c'est plutôt au créancier qu'au débiteur.

Mais lorsque l'obligation est à terme, le débiteur ne doit-il pas au moins faire des offres au créancier ?

S'il n'est pas obligé de livrer, on doit en conclure, à moins qu'il n'y eût preuve du contraire, qu'il n'est pas tenu des offres. La L. 1, § 5, D. XVIII, 6, oblige bien le vendeur à une sommation, mais cette sommation, il ne doit la faire que parce qu'il veut se débarrasser de la chose due, pour faire emploi de ses vaisseaux; cette sommation n'est pas une offre proprement dite, mais une condition requise pour que le vigneron soit autorisé à répandre le vin. De la L. 1, § 5, on doit donc conclure que le débiteur à terme n'est pas obligé de livrer la chose aux mains du créancier, ni obligé de faire des offres, excepté là où la convention a attaché des effets au non-paiement, comme en matière de clause pénale, ou de pacte commissaire; car en ce cas le non-paiement est la condition de la peine, la condition de la résolution du contrat. La peine est alors due, la faculté de résoudre le contrat existe, à moins qu'on ne prouve que le créancier a empêché que le paiement n'ait eu lieu. Donc des L. 1, § 4, D. XVIII, 5 et 12, C. VIII, 58, on ne saurait tirer aucune règle générale. Le débiteur ne doit faire des offres, qu'afin d'éviter les désavantages que la convention a attachés au non-paiement. Si le débiteur n'a à se soustraire à aucun désavantage conventionnel attaché au retard, il ne doit ni faire des offres, ni livrer aux mains du créancier.

Telle est la conclusion que nous pouvons tirer des textes que nous venons d'examiner, et ce principe se trouve encore confirmé d'une manière bien remarquable à la L. 55, D. XL, 5, qui, à côté de la règle que nous venons d'établir, mentionne une exception d'ordre public, dans l'espèce que voici : Un héritier a été chargé d'affranchir un esclave, l'affranchissement n'a pas encore eu lieu, et dans l'intervalle, l'esclave a donné le jour à un enfant : l'enfant naît libre dès l'instant où la liberté est due à la mère. Cela doit être admis, dit le texte, parce que la liberté n'est pas une chose d'ordre privé, mais d'ordre public, DE TELLE SORTE QUE CELUI QUI DOIT LA LIBERTÉ EST TENU DE L'OFFRIR : *quatenus libertas non privata, sed publica res est, ut ultro is qui eam debet, offerre debeat*. D'après ce passage, celui qui doit la liberté est en demeure dès

l'instant où il la doit. Pourquoi? Parce que cette question n'est pas d'ordre privé, parce que, contrairement à ce qui se pratique dans l'ordre privé, dans le droit civil, le débiteur doit offrir la liberté.

Done dans l'ordre privé, l'ordre civil, le débiteur n'est pas tenu de faire des offres.

Or, si, comme nous venons de le montrer, cette obligation de faire des offres, n'existe généralement pas, n'existe pas plus dans l'obligation *in diem* que dans l'obligation pure et simple, n'est-il pas évident que dans l'une comme dans l'autre il n'y a pas de demeure sans sommation?

Enfin la prolongation tacite du contrat en matière de louage, en matière de précaire, serait inconcevable si le débiteur était obligé de faire des offres. Je suis locataire d'une chose; je ne la rends pas à l'expiration du terme : les lois voient-elles dans ce retard une omission répréhensible qui m'expose à des dommages-intérêts? Nullement; elles supposent que le créancier qui ne réclame pas, consent à ce que je garde la chose aux mêmes conditions; et il en est de même du précaire (1).

336. Surabondamment, nous dirons encore quelques mots de la deuxième condition requise pour que le débiteur puisse être en demeure. Supposez, ce que l'on ne peut admettre en règle générale, que le débiteur soit obligé de livrer la chose entre les mains du créancier, ou tout au moins de faire des offres : il faudrait encore, pour que le retard fût imputable, pour qu'il y eût faute, et par conséquent pour qu'il y eût demeure, qu'il ait su qu'il était débiteur. Or, il y a une foule de circonstances où le débiteur pourrait alléguer une juste ignorance, non pas l'ignorance de son propre fait mais du fait d'un tiers, laquelle est toujours excusable. Le débiteur par exemple est un héritier, il n'a aucune connaissance de l'obligation même; pourra-t-on dire que la demeure exige faute, et en même temps admettre que la seule échéance du terme constitue le débiteur en demeure? Il y a là une contradiction qui rend flagrante l'erreur du système que nous réfutons.

(1) L. 14, D. XIX, 2; — L. 4, § 4, D. XLIII, 26.

357. Par les considérations qui précèdent il est donc établi :

1° Que la demeure implique faute;

2° Que le simple retard de payer au terme fixé ne prouve pas que le débiteur soit en faute, parce qu'en règle générale il n'est pas obligé de livrer la chose ès mains du créancier, ni de faire des offres; parce que, fût-il obligé, il pourrait ignorer l'existence de la dette, et par conséquent décliner toute faute, toute responsabilité.

3° Les textes cités plus haut, requièrent l'interpellation pour constituer la demeure du débiteur. Le simple retard ne la constitue pas.

L'interpellation peut être exprimée, ou renfermée dans un acte, par exemple dans l'acte de vol ou de violence, mais jamais elle ne peut être attachée comme par fiction de la loi au simple acte de retard.

4° Enfin les textes qu'on a cités à l'appui de la règle ne se rapportent qu'à certains effets que la convention et la loi attachent au retard. Aucun texte ne dit que le *dies* vaut sommation, que dans les obligations *in diem*, la sommation est inutile; aucun texte ne déclare le débiteur responsable, après la seule échéance du terme, de la perte fortuite de la chose due.

On doit donc regarder la règle : *dies interpellat pro homine* comme étrangère à la fois à la lettre et à l'esprit du droit romain.

358. DE LA DEMEURE EN DROIT FRANÇAIS. — L'exécution de l'obligation peut se poursuivre en tout temps si elle est pure et simple; après le terme ou la condition, si elle est à terme ou conditionnelle. Mais dans les contrats synallagmatiques, l'exécution ne peut se poursuivre que par celui qui a rempli son engagement ou a fait des offres valables; et d'un autre côté, l'obligation qui doit s'exécuter en un certain lieu, quoique pure et simple, implique le transport de la chose due au lieu désigné.

Quant au lieu de l'exécution dans les obligations où les parties ne se sont pas expliquées à cet égard, nous remarquerons que le code ne renferme aucune disposition spéciale concernant l'obligation d'une *facere*, et nous en concluons que ce que nous avons

dit plus haut (1), reste applicable en droit moderne. L'obligation s'exécutera dans ce cas, au lieu désigné par le créancier, qui supportera les frais dérivés de la nature même de l'obligation, pourvu que l'obligation soit, malgré la non-désignation du lieu, assez bien déterminée pour être valable.

Si l'obligation a pour objet une *species* et que les parties aient gardé le silence quant au lieu de l'exécution, l'art. 1247 veut que la *species* soit livrée au lieu où elle était au moment du contrat, tandis que le droit romain, plus favorable au débiteur, lui permettait de la livrer à l'endroit où elle se trouvait au moment de la demande *sine dolo debitoris*, et obligeait le créancier, si le débiteur l'avait de bonne foi transportée ailleurs, à l'y prendre à ses frais, et sans dommages-intérêts (2). dérogeant au droit romain, l'art. 1247 rend dans ce cas le débiteur passible des dommages-intérêts envers le créancier qui viendrait prendre la chose où elle est.

Si la chose est fongible, le paiement doit se faire au domicile du débiteur, comme en droit romain.

Si les parties ont déterminé le lieu où doit se faire le paiement, trois hypothèses se présentent.

a) Le créancier ou son représentant s'est trouvé sur les lieux, pour recevoir le paiement, et le débiteur a par son absence rendu la sommation impossible. Nous avons vu plus haut (3) que le débiteur est par cela seul en demeure, et passible de dommages-intérêts. Il n'en est pas autrement en droit moderne; toutefois le créancier doit faire dresser un acte pour constater sa présence sur les lieux en personne ou par son représentant (4), les actes constitutifs de la demeure devant être établis par écrit.

b) Le débiteur a été sur les lieux, mais il n'a pas trouvé le créancier, ni son représentant; et il n'avait d'ailleurs aucune indication touchant la personne qui devait recevoir le paiement.

(1) Voyez le n° 308.

(2) L. 38, D. V, 1; — L. 11, § 1, D. X, 4.

(3) Au numéro 300.

(4) TOULLIER, VI, n° 249.

En droit romain, le créancier était en pareil cas constitué en demeure, et le débiteur, s'il ne s'était libéré par la consignation et le dépôt, n'était plus tenu que de la bonne foi, jusqu'à la livraison de la chose au lieu convenu. Mais en droit moderne, d'après le principe que nous venons de citer, pour que le créancier soit en demeure, il faut, malgré la fixation du temps et du lieu, que le débiteur fasse sommer le créancier de se trouver à jour fixe pour recevoir le paiement (1).

c) Ni le créancier ni le débiteur n'ont été sur les lieux. Dans ce cas aucun n'est constitué en demeure, et le créancier peut pour-suivre *alio loco*, au domicile du débiteur, non pas la livraison de la chose, mais la valeur que la chose a au lieu où elle devait être livrée, le tout sans dommages-intérêts puisque personne n'est en demeure. Nous avons vu que pour les *negotia stricti juris* il a fallu établir à cet égard une action spéciale, l'*actio de eo quod certo loco*, parce que si le créancier avait intenté en un lieu autre que le lieu convenu la *condictio ex stipulatu*, il y aurait encouru la peine d'une *plus petitio* (2).

Toullier (3) dit que l'*actio de eo quod certo loco*, n'a pas été introduite en France. Cela est vrai en ce sens qu'il ne fallait pas d'action spéciale pour poursuivre l'estimation de la chose au domicile du débiteur au cas où ni créancier ni débiteur n'avaient été constitués en demeure, de même qu'en droit romain il n'était besoin de cette action lorsque le contrat était *bonae fidei*. Mais ce jurisconsulte s'est trompé quand il a supposé que l'action *de eo quod certo loco* avait pour but de contraindre le débiteur à payer la chose due en un autre lieu. Si tel avait été l'objet de cette action, nous devrions dire avec cet auteur que le droit moderne ne connaît ni le fond ni le nom de cette action, car il y aurait iniquité à forcer le débiteur de payer la chose même en un lieu autre que le lieu convenu. Mais Toullier a confondu la chose avec son estimation. Le créancier pouvait poursuivre *alio*

(1) TOULLIER, VI, 249.

(2) L. 2, pr. D. XIII, 4.

(3) TOULLIER, tome VII, n° 85.

loco, non pas la chose, mais l'estimation de la chose, eu égard au lieu où elle devait être livrée, de sorte qu'il obtenait ce qu'il aurait eu si la chose avait été livrée au lieu déterminé, sans perte pour lui, sans perte pour le débiteur, qui ne doit pas plus, n'ayant pas été constitué en demeure. Comment dès lors soutenir que ces principes cessent d'être applicables en droit français?

Quant au lieu du paiement, remarquons encore que si en vertu de la convention, le paiement doit se faire au domicile du créancier, celui-ci en changeant de domicile ne saurait forcer le débiteur à payer au domicile nouveau, tandis que si aucun lieu n'a été désigné pour le paiement, et qu'il ne s'agisse pas d'une convention, c'est au lieu du domicile qu'a le débiteur au moment de la demeure et non à celui qu'il avait au moment du contrat, que le paiement se fera, car payer au domicile où doit se faire la demande est un bénéfice qui appartient de plein droit au débiteur s'il n'y a pas été dérogé par la convention, et qui lui appartient toujours en vertu de sa qualité de débiteur, parce que dans le doute les conventions s'interprètent en sa faveur.

559. D'après l'art. 1139 le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par un autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure.

D'après l'art. 1138 la demeure du débiteur met toujours la chose à ses risques et périls, et d'après l'art. 1146 les dommages-intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation.

Ainsi sommation ou convention, telles sont les causes de la demeure du débiteur; risques et périls, et dommages et intérêts, tels en sont les effets.

Cependant, pour compléter la notion de la demeure, il faut ajouter à la disposition générale de l'art. 1139, les dispositions des art. 1502 et 1135. D'après l'art. 1502, le fait seul de la possession furtive, implique aussi demeure; à plus forte raison en sera-t-il ainsi de la possession violente; mais d'après l'art. 1135 quand il s'agit de la dette d'une somme d'argent, ce n'est pas la sommation,

acte extra-judiciaire, qui fait courir les intérêts légaux, dûs à titre d'intérêts moratoires, ce n'est pas la sommation par conséquent qui constitue le débiteur en demeure, c'est la demande formée en justice. Cependant il résulte de l'art. 57 du Code de procédure, combiné avec l'art. 1153, que la citation en conciliation a l'effet de la demeure judiciaire, pourvu que celle-ci suive la citation en conciliation dans le mois à dater du jour de la non-comparution ou de la non-conciliation.

Par conséquent, à part la disposition exceptionnelle de l'article 1153, sommation, convention, possession furtive et partant aussi violente, telles sont les causes de la demeure, et la théorie d'après laquelle l'échéance du terme seul emporterait demeure, se trouve formellement proscrite par l'art. 1139. Il est évident qu'en ceci il y a une identité parfaite entre le droit moderne et le droit romain, sauf la forme de la sommation et des actes équivalents; car si le droit romain voit encore une cause de demeure dans l'absence non excusée du débiteur qui rend l'interpellation impossible, dans notre système de droit il n'y a plus impossibilité de citer un absent (1); et dès lors cette cause disparaît.

La demeure peut donc être définie selon notre droit moderne, comme en droit romain, le retardement dans l'exécution d'une obligation échue, lorsque ce retardement a lieu contre le gré du créancier, ce qui se prouve, soit par sommation ou acte équivalent, soit par la convention, soit enfin par le fait même d'où naît la dette, comme il arrive en cas de vol et de spoliation.

Quant aux effets de la demeure du débiteur, la similitude entre les obligations de bonne foi du droit romain et le droit moderne, n'est pas moins sensible.

La demeure du débiteur entraîne des dommages et intérêts moratoires (art. 1146), et, comme en droit romain, ces dommages-intérêts ne peuvent pas dépasser le taux de l'intérêt légal lorsque la somme due est une somme d'argent.

Enfin la demeure du débiteur le charge comme en droit romain du risque et péril de la chose due, à moins qu'il ne prouve que

(1) Art. 68 et 69 du Code de Proc. civ.

la chose eût également péri chez le créancier si la chose lui avait été livrée, exception dont ne peut cependant pas se prévaloir celui qui est débiteur de la chose par suite de vol. Le droit moderne ne fait ici que consacrer les dispositions du droit romain que nous avons exposées plus haut.

560. La sommation ne consiste pas comme en droit romain dans toute manifestation par laquelle le créancier fait connaître au débiteur son intention sérieuse de recevoir le paiement qui lui est dû; dans l'ancien droit français l'interpellation verbale était insuffisante pour constituer le débiteur en demeure, et la preuve verbale n'était pas admise (1). Suivant ces errements, le Code civil à l'art. 1159 veut que la sommation ou l'interpellation se fasse par un acte écrit, lequel doit être notifié par un officier public, huissier ou notaire (2); *ou par des actes équivalents*, dit le même article. Ces actes équivalents doivent également être faits par écrit : tels sont les demandes en justice, la demande en conciliation pourvu qu'elle contienne sommation de payer. La demeure serait encore constatée légalement, si dans un acte authentique le débiteur reconnaissait avoir été interpellé, ou bien si le fait de l'interpellation résultait même d'un acte privé souscrit et reconnu par le débiteur.

Toute perte fortuite est pour le débiteur, à partir du moment de la sommation. Quant aux intérêts moratoires, un délai moral est laissé au débiteur après la sommation; il ne saurait être de moins de 24 heures.

Ordinairement le créancier qui fait sommation fixe ce délai, après lequel les dommages et intérêts moratoires ne peuvent plus être évités. Avant la sommation et avant ce délai, le débiteur est donc encore admis à se libérer sans dommages-intérêts, une demande judiciaire eût-elle même été formée par le créancier, à moins toutefois que la chose ne puisse plus après l'échéance du terme être donnée d'une manière utile (art. 1146). Il suit de là que le demandeur qui veut éviter de supporter les frais de l'in-

(1) DUPARC-POULLAIN, *Principes du Droit français*, IX, p. 279.

(2) Voyez les art. 1258 et 1259.

stance, au cas où après la demande et avant toute défense le débiteur exécute son obligation, doit avoir soin de sommer son débiteur soit avant l'assignation, soit dans l'assignation même, et de fixer un délai à partir duquel les dommages-intérêts courent en cas de non-exécution.

361. La demeure peut aussi être encourue en vertu de la seule convention des parties. Il est vrai que la règle *dies interpellat pro homine*, est repoussée par le droit français, mais si les parties en fixant un terme, conviennent qu'à l'expiration de ce délai la demeure aura lieu de plein droit et sans qu'il soit besoin d'acte, cette clause sortira son effet; seulement pareille clause, comme l'ont voulu certains interprètes du droit romain, n'est pas présumée stipulée par cela seul que l'obligation est à terme, puisque le terme, en règle générale, est ajouté dans l'intérêt du débiteur (art. 1139).

Toutefois, alors même qu'en vertu d'une clause formelle, la demeure doit avoir lieu sans acte, par la seule échéance du terme, il ne résulte pas de cette clause que dans les obligations de donner une somme ou une *quantitas* dont le paiement doit naturellement se faire au domicile du débiteur, celui-ci soit tenu de remettre la chose aux mains du créancier; c'est au créancier à se présenter chez le débiteur, et ce n'est qu'en constatant qu'il s'y est présenté qu'il aura constitué le débiteur en demeure. Si donc avant cette présentation la chose périssait fortuitement, quoiqu'après l'expiration du terme, elle périrait encore pour le créancier. La clause que l'échéance du terme emporte demeure de plein droit, ne change donc rien au droit qu'a le débiteur de payer à son domicile; c'est au créancier à se présenter à ce domicile le jour de l'échéance, et à faire constater qu'il s'y est présenté. Pour qu'il fût dérogé à cette règle, il faudrait encore une clause formelle (1).

362. Connaissant les effets de la demeure du débiteur, c'est-à-dire de l'omission de payer après sommation ou acte équivalent, cherchons les effets de la simple omission de payer, alors qu'aucune sommation n'est intervenue.

(1) Compar. TOULLIER, VI, n° 249; — DURANTON, XI, n° 442 (éd. fr.).

1^o Effets conventionnels :

a) Dans les contrats synallagmatiques, lorsque l'une des parties a exécuté l'obligation, elle peut poursuivre contre l'autre la résolution du contrat avec dommages-intérêts, en vertu de la clause résolutoire tacitement sous-entendue dans ces contrats pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à son engagement (art. 1184). Mais la résolution n'a pas lieu de plein droit, le juge pourra accorder un délai au débiteur, endéans lequel il pourra encore exécuter l'obligation.

b. Lorsque la résolution a été formellement stipulée par les parties, pour le cas où l'une d'elles n'accomplirait pas son engagement, la résolution a lieu de plein droit, ce qui ne signifie pas qu'elle ne doive pas être demandée en justice, mais que le juge ne peut pas accorder de délai. Toutefois, tant que le débiteur n'a pas été sommé, il peut malgré l'échéance du terme, soit en payant, soit en faisant des offres réelles, éviter la résolution ou la peine stipulée (1), ce qu'il ne pouvait pas en droit romain, où la seule échéance du terme emportait la résolution, la peine, et enfin tout ce qui avait stipulé pour le cas de non-exécution. Ce principe du droit français qui requiert sommation pour que le contrat soit irrévocablement résolu, est envisagé comme une conséquence de l'art. 1247, qui, à moins qu'il n'en ait été convenu autrement, maintient au débiteur le droit de payer à son domicile, ou au lieu où se trouvait la chose lors du contrat, ce qui implique que le créancier fasse une démarche, fasse une sommation au débiteur (2). C'est pourquoi, bien que la vente perpétuelle soit remboursable au profit du créancier si pendant deux ans les intérêts n'ont pas été servis, il faut cependant, d'après l'art. 1912, une sommation, et avant cet acte le débiteur pourra toujours éviter la résolution en faisant des offres valables, à moins que la vente ne soit stipulée portable, à moins qu'il ne soit dit dans la constitution de vente que le débiteur doit servir les intérêts au domicile du créancier.

(1) Art. 1656 et 1230 du Code civ.

(2) Compar. TAOLONG, *Vente*, n° 61. — TOULLIER, VI, n° 554 et 555.

A ce principe qui exige la sommation dans tous les cas où le débiteur n'est pas obligé de payer au domicile du créancier, l'article 1656 porte une exception en matière de vente de denrées et d'effets mobiliers, en disposant formellement que faute par l'acheteur de retirer ces objets au temps convenu, et de remplir ses engagements, la vente est résolue de plein droit et sans sommation au profit du vendeur. Et il en est de même au cas de réméré. Lorsque le vendeur a stipulé la faculté de rachat dans un temps déterminé, il est par la seule expiration du délai déchu de son droit, sans que, pour rester propriétaire irrévocable de l'objet qu'il a acquis, l'acheteur ait besoin de le sommer de restituer le prix (art. 1662).

° Un autre effet qui peut être regardé comme pénal, et que la loi attache à la seule omission d'exécuter l'obligation au temps convenu, indépendamment de toute sommation, est que le commodataire qui garde la chose au-delà du terme fixé se rend responsable du risque et péril (art. 1881).

° En faveur de certaines personnes, la loi fait quelquefois courir les intérêts indépendamment de toute sommation. C'est ainsi qu'en faveur des époux, la loi décide qu'au cas de promesse de dot les intérêts sont dus dès le jour du mariage; c'est ainsi encore qu'au cas d'une vente viagère, ou d'une provision à titre d'aliments, les intérêts sont dus de plein droit, et sans sommation, à partir de l'époque fixée par le testateur pour le paiement (article 1015).

° A cause de l'équité, l'acheteur doit l'intérêt du prix à partir de la livraison à lui faite, et indépendamment de toute sommation, si la chose livrée produit des fruits ou autres revenus; et de même le mandant doit au mandataire l'intérêt des sommes que celui-ci a déboursées pour lui, à dater du jour où ces déboursés ont été constatés.

563. La demeure du débiteur est purgée par les offres régulières qu'il fait de la chose due. A partir de ce moment plus de risque et péril, plus d'intérêts moratoires; même, comme par les offres le débiteur d'une *quantitas* ou d'un *genus*, a fait son choix, le risque passe toujours au créancier, et le débiteur n'est plus

même tenu de la faute, si ce n'est de la faute grave et du dol. De même que l'interpellation ne peut se faire sans écrit, ainsi les offres doivent se faire par sommation de recevoir le paiement, notifiée au créancier par un huissier (art. 1264).

La demeure du débiteur est également purgée par la novation même conditionnelle, et quoique la condition vienne à manquer, et avec elle la novation; car la seule convention à l'effet de novier emporte offre de la part du débiteur, ainsi que le décide la L. 72, D. XLVI, 5.

La demeure du débiteur est encore purgée au cas où elle a pour cause une demande en justice, si le créancier poursuivant a laissé périmer l'instance, car la demande périmée est comme si elle n'avait pas été formée. Aussi par cette demande la prescription n'est pas interrompue. Toutefois remarquons bien que la simple cessation des poursuites pendant trois ans ne suffit pas pour effacer la demeure du débiteur. La péremption n'a pas lieu de plein droit, il faut qu'elle soit demandée avant qu'elle ait été couverte par des actes valables (1).

564. Quant à la demeure du créancier, elle s'établit par le même acte de sommation qui purge la demeure du débiteur et que nous venons de décrire au numéro précédent; et elle produit les effets que nous y avons indiqués.

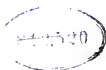
(1) V. C. proc. civ., art. 399 et — Comp. TOULIER, VI, n° 554 et 555.

TABLE DES MATIÈRES.

DES OBLIGATIONS (PARTIE GÉNÉRALE).

Notions générales et divisions des obligations	1
De l'obligation naturelle	35
De l'obligation naturelle en droit français.	67
De la convention. — Notions générales	88
De la stipulation pour autrui	95
De l'objet des conventions, en général	111
De l'effet des conventions, en général	129
De l'erreur.	136
Du dol.	149
De la violence.	158
Des conditions.	163
Du terme	183
De la clause pénale	191
Des arrhes.	219
Obligations nées de faits unilatéraux licites	232
Obligations nées de faits unilatéraux illicites	234
Des degrés et de la prestation de la faute	248
<i>Certae et incertae obligationes</i>	282
Des obligations indivisibles en droit romain	303
Des obligations indivisibles en droit français	314
Des risques et périls	369
Des dommages non fortuits et de leur réparation	397
De la demeure	417

FIN DE LA TABLE DU TOME PREMIER.



MAG 2019 f28

1
25
67
88
95
111
130
136
142
158
164
180
187
219
234
254
264
282
301
314
330
347
367
387
407





